



CENTRO COLOMBIANO
DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

**SEÑORES
HONORABLES MAGISTRADOS
CORTE CONSTITUCIONAL
SALA PLENA
E.S.D.**

ASUNTO:

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD EN CONTRA DEL ARTÍCULO 25 TOTAL Y ARTÍCULOS 26, 28, 30, 31, 51 PARCIALES DE LA LEY 789 DE 2002; Y DE LOS ARTÍCULOS 1 TOTAL Y 2 PARCIAL DE LA LEY 1846 DE 2017.

DEMANDANTES:

Sergio Iván Estrada Vélez

Centro Colombiano De Estudios Constitucionales,

Luz Adriana Aristizábal Botero

Laura Catalina Carvajal Rojas

Liliana María Gallego Morales

Iván Rodrigo Duque Bustamante

Carlos Fernando Soto Duque

Julián Esteban Vélez Pérez

Oscar De Jesús Hurtado Pérez



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

CONTENIDO

	Pág.
1. ENUNCIADOS JURÍDICOS ACUSADOS DE INCONSTITUCIONALIDAD.....	1
1.1 “ARTÍCULO 25. TRABAJO ORDINARIO Y NOCTURNO.....	2
1.2 “ARTÍCULO 26. TRABAJO DOMINICAL Y FESTIVO.....	2
1.3 “ARTÍCULO 28. TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO DE TRABAJO SIN JUSTA CAUSA.....	3
1.4 “ARTÍCULO 30. NATURALEZA Y CARACTERÍSTICAS DE LA RELACIÓN DE APRENDIZAJE.....	5
1.5 “ARTÍCULO 31. MODALIDADES ESPECIALES DE FORMACIÓN TÉCNICA, TECNOLÓGICA, PROFESIONAL Y TEÓRICO PRÁCTICA EMPRESARIAL.....	7
1.6 “ARTÍCULO 51. JORNADA LABORAL FLEXIBLE.....	8
1.7 “ARTÍCULO 1º.....	9
1.8 “ARTÍCULO 2.....	10
2. ANÁLISIS PREVIO SOBRE UN ASUNTO PROCESAL: NO HAY COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL EN RELACIÓN A LAS DISPOSICIONES DEMANDADAS.....	10
3. CARGOS COMUNES DE LA VIOLACIÓN.....	23
3.1. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA.....	23
3.2. DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD.....	25
4. RAZONES COMUNES DE LA VIOLACIÓN.....	26
4.1. NATURALEZA Y FUNCIONES DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS.....	28
4.1.1. Estado Constitucional y Social de Derecho. Fines, características de las fuentes del derecho y noción de validez jurídica.....	29
4.1.2. Diferencia entre Principios y Directrices.....	31
4.1.3. Principios Jurídicos Constitucionales: naturaleza y funciones.....	31
4.1.4. Noción de Principios en Colombia.....	33
4.2. VIOLACIÓN AL PRINCIPIO JURÍDICO DE NO REGRESIVIDAD.....	38
4.2.1. Principio de No Regresividad.....	38



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

4.2.2. Principio de No Regresividad y su distinción del llamado Principio de Progresividad	41
4.2.3. El trabajo, como derecho social fundamental, debe ser objeto de protección a través de un control de constitucionalidad más estricto.	42
4.2.4. La potestad de configuración del legislador frente a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales Fundamentales no es ilimitada, tratándose de normas regresivas se presumen inconstitucionales y el control de constitucionalidad debe ser más severo.	45
4.3. VULNERACIÓN AL PRINCIPIO JURÍDICO DE PROPORCIONALIDAD... 49	
4.3.1. Análisis de la razonabilidad a través del estudio del test de proporcionalidad.	50
4.3.2. Test de Proporcionalidad realizado en las sentencias C-038 de 2004 y C-257 de 2008	52
4.3.3. Test de Proporcionalidad frente a los enunciados demandados.....	56
4.4. VIOLACIÓN AL PRINCIPIO JURÍDICO DE SOLIDARIDAD	78
4.5. VIOLACIÓN AL PRINCIPIO JURÍDICO DE EQUILIBRIO DE CARGAS PÚBLICAS	86
5. CARGOS Y RAZONES ESPECÍFICAS DE LA VIOLACIÓN	90
5.1. ART. 25 DE LA LEY 789 DE 2002	90
5.1.1. Vulneración del Art. 1 de la Constitución	90
5.1.2. Vulneración del Art. 2 de la Constitución Política.....	91
5.1.3. Vulneración del Art. 25 de la Constitución Política.....	92
5.1.4. Vulneración del Art. 53 de la Constitución Política.....	93
5.1.5. Vulneración del Art. 5 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales PIDESC.....	94
5.2. ART. 26 DE LA LEY 789 DE 2002	96
5.2.1. Vulneración del Art. 1 de la Constitución Política.....	98
5.2.2. Vulneración del Art. 2 de la Constitución Política.....	98
5.2.3. Vulneración del Art. 25 de la Constitución Política.....	99
5.2.4. Vulneración del Art. 53 de la Constitución Política.....	100
5.2.5. Vulneración del Art. 5 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales PIDESC.....	101
5.3. ART. 28 DE LA LEY 789 DE 2002	103
5.3.1. Vulneración del Art. 2 de la Constitución Política.....	104
5.3.2. Vulneración Art. 5 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales PIDESC	106



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

5.4. ART. 30 DE LA LEY 789 DE 2002	109
5.4.1. Vulneración Art. 1 de la Constitución Política.	111
5.4.2. Vulneración Art. 2 de la Constitución Política	112
5.4.3. Vulneración Art. 25 de la Constitución Política.	113
5.4.4. Vulneración Art. 53 de la Constitución Política.	114
5.4.5. Vulneración Art. 5 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales PIDESC	115
5.5. ART. 31 DE LA LEY 789 DE 2002	117
5.5.1. Vulneración Art. 1 de la Constitución Política.	119
5.5.2. Vulneración Art. 2 de la Constitución Política.	119
5.5.3. Vulneración Art. 25 de la Constitución Política	120
5.5.4. Vulneración Art. 53 de la Constitución Política.	121
5.5.5. Vulneración Art. 5 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales PIDESC	122
5.6. ART. 51 DE LA LEY 789 DE 2002	123
5.6.1. Vulneración Art. 1 de la Constitución Política.	124
5.6.2. Vulneración Art. 2 de la Constitución Política.	125
5.6.3. Vulneración Art. 25 de la Constitución Política	127
5.6.4. Vulneración Art. 53 de la Constitución Política.	128
5.6.5. Vulneración Art. 5 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales PIDESC	129
5.7. ART. 1º DE LA LEY 1846 DE 2017	130
5.7.1. Vulneración del Art. 1 de la Constitución Política.....	131
5.7.2. Vulneración del Art. 2 de la Constitución Política.....	131
5.7.3. Vulneración del Art. 25 de la Constitución Política.....	132
5.7.4. Vulneración del Art. 53 de la Constitución Política.....	133
5.7.5. Vulneración del Art. 5 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales PIDESC.....	134
5.8. ART. 2 DE LA LEY 1846 DE 2017	136
5.8.1. Vulneración Art. 1 de la Constitución Política.	136
5.8.2. Vulneración Art. 2 de la Constitución Política.	138
5.8.3. Vulneración Art. 25 de la Constitución Política.	139
5.8.4. Vulneración Art. 53 de la Constitución Política.	140
5.8.5. Vulneración Art. 5 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales PIDESC	141



CENTRO COLOMBIANO
DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

5.9. CONCLUSIÓN DE LOS CARGOS ESPECÍFICOS Y RAZONES DE LA IMPUGNACIÓN	142
PETICIÓN RESPETUOSA DE DECRETO DE AUDIENCIA PÚBLICA.....	142
PETICIÓN	143
COMPETENCIA.....	143
NOTIFICACIONES.....	144



CENTRO COLOMBIANO
DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

**SEÑORES
HONORABLES MAGISTRADOS
CORTE CONSTITUCIONAL
SALA PLENA
E.S.D.**

ASUNTO: DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD EN CONTRA DEL ARTÍCULO 25 TOTAL Y ARTÍCULOS 26, 28, 30, 31, 51 PARCIALES DE LA LEY 789 DE 2002; Y DE LOS ARTÍCULOS 1 TOTAL Y 2 PARCIAL DE LA LEY 1846 DE 2017.

SERGIO IVÁN ESTRADA VÉLEZ, EN SU CONDICIÓN DE CIUDADANO Y REPRESENTANTE DEL CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES, LUZ ADRIANA ARISTIZÁBAL BOTERO, LAURA CATALINA CARVAJAL ROJAS, LILIANA MARÍA GALLEGU MORALES, IVÁN RODRIGO DUQUE BUSTAMANTE, CARLOS FERNANDO SOTO DUQUE, JULIÁN ESTEBAN VÉLEZ PÉREZ y OSCAR DE JESÚS HURTADO PÉREZ, ciudadanos, identificados como figura al pie de nuestras firmas, nos dirigimos respetuosamente a la Honorable Corte Constitucional con el objeto de presentar demanda de inconstitucionalidad de conformidad con el artículo 2 del Decreto 2067 de 1991, en defensa del orden jurídico.

1. ENUNCIADOS JURÍDICOS ACUSADOS DE



CENTRO COLOMBIANO
DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

INCONSTITUCIONALIDAD

Se procede a subrayar los apartes de los enunciados jurídicos objeto del reproche constitucional:

LEY 789 DE 2002

(diciembre 27)

Diario Oficial No 45.046 del 27 de diciembre 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.

EL CONGRESO DE COLOMBIA,

DECRETA:

CAPITULO VI.

ACTUALIZACIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL Y LA RELACIÓN DE APRENDIZAJE

1.1 “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.).”

1.2 “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:



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

1. El trabajo en domingo y festivos se remunerará con un recargo del setenta y cinco por ciento (75%) sobre el salario ordinario en proporción a las horas laboradas.

2. Si con el domingo coincide otro día de descanso remunerado solo tendrá derecho el trabajador, si trabaja, al recargo establecido en el numeral anterior.

3. Se exceptúa el caso de la jornada de treinta y seis (36) horas semanales previstas en el artículo 20 literal c) de la Ley 50 de 1990.

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

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

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

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

1.3 “ARTÍCULO 28. TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO DE TRABAJO SIN JUSTA CAUSA.

El artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 6o. de la Ley 50 de 1990, quedará así:

Artículo 64. Terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa. En todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

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.



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

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, tuvieran diez (10) o más años al servicio continuo del empleador, se les aplicará la tabla de indemnización establecida en los literales b), c) y d) del artículo 6o. de la Ley 50 de 1990, exceptuando el párrafo transitorio, el cual se aplica únicamente para los trabajadores que tenían diez (10) o más años el primero de enero de 1991.”

1.4 “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;



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

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.



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

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 pensum 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.”

1.5 “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;



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

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 5o. 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 ejemplo: 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.”

CAPITULO VII

PROTECCIÓN DE APORTES Y OTRAS DISPOSICIONES

1.6 “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



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

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.”

LEY 1846 DE 2017

(julio 18)

Diario Oficial No 50298 del 18 de julio de 2017

Por medio de la cual se modifican los artículos 160 y 161 del Código Sustantivo de Trabajo y se dictan otras disposiciones.

EL CONGRESO DE COLOMBIA,

DECRETA:

1.7 “ARTÍCULO 1º. 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 veintiún horas (9:00 p.m.).

2. Trabajo nocturno es el comprendido entre las veintiún horas (9:00 p.m.) y las seis horas (6:00 a.m.).”



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

1.8 “ARTÍCULO 2. El literal d) del artículo 161 del Código Sustantivo del Trabajo quedará así:

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. Así, el número de horas de trabajo diario podrá repartirse de manera variable durante la respectiva semana teniendo como mínimo cuatro (4) horas continuas y como máximo 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 9 P.M.”

2. ANÁLISIS PREVIO SOBRE UN ASUNTO PROCESAL: NO HAY COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL EN RELACIÓN A LAS DISPOSICIONES DEMANDADAS

La Corte Constitucional ha ido identificando a través de su jurisprudencia algunos conceptos dirigidos a determinar el contenido y alcance de la cosa juzgada constitucional, con el fin promover la seguridad jurídica y las garantías ciudadanas propias del proceso de constitucionalidad encaminado a obtener decisiones de fondo sobre las pretensiones de inconstitucionalidad.

En ese sentido, se debe tener presente que la cosa juzgada es la figura jurídico – procesal, sobre la cual reposa la garantía de la seguridad jurídica. Gracias a ella, lo decidido en una providencia judicial no puede ser modificado con posterioridad, ni por el propio juez que la pronunció, ni por uno funcionalmente superior, cuando aquélla se encuentra en firme, esto es, cuando no procede recurso alguno o, cuando procediendo, el mismo no fue interpuesto en tiempo o, siendo interpuesto, ya ha sido resuelto.

Para que haya cosa juzgada es *conditio sine qua non* que el asunto o litigio ya resuelto y que se pretenda revivir, lo sea entre las mismas partes, sobre el mismo



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

objeto y por la misma causa, entendiéndose por partes no sólo los sujetos o personas que hayan intervenido directamente en el respectivo proceso, sino todas las que pretendan volver a hacerlo, siendo causahabientes de aquéllas, ya a título universal o singular. No ocurre lo mismo en el caso de la acción pública de inconstitucionalidad por no tratarse de disputas entre partes sino del derecho de todo ciudadano a demandar las disposiciones del ordenamiento jurídico que considere contrarias a la Constitución Política.

En términos generales, en el Derecho Constitucional la cosa juzgada hace referencia a los efectos de las sentencias de la Corte Constitucional, su carácter inmutable en atención a la imposibilidad de presentar recursos en contra de las decisiones por ella adoptadas; de allí que, ha dicho la alta Corporación, “... *el efecto general de la cosa juzgada constitucional se traduce en la imposibilidad jurídica de reabrir el juicio de constitucionalidad sobre la norma que ya ha sido objeto de examen por la Corte.*”¹

La Corte Constitucional ha decantado en sus sentencias la doctrina de la cosa juzgada constitucional, definiéndola, clasificándola y confiriéndole características propias que la distinguen de la cosa juzgada en la jurisdicción ordinaria. Así, en la sentencia C-332 de 2013, con ponencia del Magistrado Mauricio González Cuervo, señaló esa alta Corporación:

“En reiteradas oportunidades este tribunal ha definido a la cosa juzgada constitucional como “el carácter inmutable de las sentencias de la Corte Constitucional”, valga decir, cuando se configura la cosa juzgada constitucional, porque ha habido un pronunciamiento de fondo sobre la exequibilidad de determinado precepto legal, no es posible volver a ocuparse del tema. La cosa juzgada constitucional puede ser absoluta o relativa. Es absoluta “cuando el pronunciamiento de constitucionalidad de una disposición, a través del control abstracto, no se encuentra limitado por la propia sentencia, es decir, se entiende que la norma es exequible o inexecutable en su totalidad y frente a todo el texto Constitucional”. Es relativa

¹ Corte Constitucional. Sentencia C-028 de 2006.



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

“cuando el juez constitucional limita en forma expresa los efectos de la decisión, dejando abierta la posibilidad para que en un futuro se formulen nuevos cargos de inconstitucionalidad contra la norma que ha sido objeto de examen, distintos a los que la Corte ya ha analizado”. La cosa juzgada constitucional relativa, es más compleja cuando la Corte ha declarado la exequibilidad de la norma acusada. En este caso es posible presentar nuevas demandas contra la misma norma, pero con fundamento en diferentes cargos. Por lo tanto, para constatar la existencia de la cosa juzgada constitucional relativa, es menester verificar que la nueva controversia verse sobre el mismo contenido normativo de la disposición ya examinada y que los cargos planteados sean idénticos a los propuestos en la ocasión anterior.

“(..)

“Para verificar que la nueva controversia versa sobre el mismo contenido normativo de la disposición ya examinada, es menester “revisar el contexto normativo en el que se aplica la disposición legal desde el punto de vista de la Constitución viviente”²

“Para verificar que los cargos planteados sean idénticos, es necesario revisar tanto los contenidos normativos constitucionales a partir de los cuales se hace la confrontación, como los argumentos que emplea el demandante.

“Existen tres situaciones especiales en torno de la cosa juzgada constitucional, a saber: la cosa juzgada relativa implícita, la cosa juzgada aparente y la doctrina de la Constitución viviente.³

“La cosa juzgada relativa implícita⁴ se puede presentar en dos eventos: (i) cuando se declara “la exequibilidad de una disposición legal solamente desde el punto de vista formal, caso en el cual la cosa juzgada operará en relación con este aspecto quedando abierta la posibilidad para presentar y considerar nuevas

² Corte Constitucional. Sentencia C 220 de 2011. 2.2.1.3.

³ Corte Constitucional. Sentencia C 029 de 2009.

⁴ Corte Constitucional. Sentencia C 153 de 2002. Sentencia C 798 de 2003.



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

demandas de inconstitucionalidad por su contenido material”; y (ii) cuando “al declarar la exequibilidad de una norma [la Corte] haya limitado su decisión a un aspecto constitucional en particular o a su confrontación con determinados preceptos de la Carta Política, situación en la cual la cosa juzgada opera solamente en relación con lo analizado y decidido en la respectiva sentencia.

*“La cosa juzgada aparente se configura si “pese al silencio que se observa en la parte resolutive de la sentencia, existen en su parte motiva referencias suficientes para concluir que, en realidad, la Corte limitó su análisis únicamente a los cargos que le fueron planteados en la demanda, o a la confrontación de la norma acusada con el contenido de unos determinados preceptos constitucionales”.*⁵

*“La doctrina de la Constitución viviente plantea “una posibilidad, en todo caso excepcionalísima, de someter nuevamente a análisis de constitucionalidad disposiciones sobre las cuales existe un pronunciamiento de exequibilidad, en la que dicha opción concurre cuando en un momento dado, a la luz de los cambios económicos, sociales, políticos, e incluso ideológicos y culturales de una comunidad, no resulte sostenible, a la luz de la Constitución, -que es expresión, precisamente, en sus contenidos normativos y valorativos, de esas realidades-, un pronunciamiento que la Corte haya hecho en el pasado, con fundamento en significaciones constitucionales materialmente diferentes a aquellas que ahora deben regir el juicio de Constitucionalidad de una determinada norma.”*⁶

El anterior repaso a la institución de la Cosa Juzgada resulta pertinente en tanto que a través de las sentencias C-038 de 2004 y C-257 de 2008, esa alta Corporación Judicial se pronunció en relación a los mismos enunciados que ahora se demandan, lo que en principio podría dar lugar a sostener que existe cosa juzgada. Por esa razón, antes de sustentar los cargos y argumentos de impugnación, es menester presentar las razones por las cuales se considera necesario que la Corte

⁵ Corte Constitucional. Sentencias C 931 de 2008. Sentencia C 260 de 2011.

⁶ Corte Constitucional. Sentencia C 029 de 2009.



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

Constitucional revise nuevamente dichos enunciados en tanto que no se configura, como se demostrará, una cosa juzgada constitucional.

En la sentencia C-038 de 2004 la Corte Constitucional resolvió acción en contra de los enunciados demandados porque desconocían los artículos 1º, 2º, 5º, 13, 25, 39, 42, 44, 48, 53, 54, 55 y 362 de la Carta, así como los artículos 6º al 9º del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (de ahora en adelante PIDESC), el artículo 8º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), y los Convenios de la Organización Internacional de Trabajo 1º de 1919, 29 de 1930, 87 de 1948, 95 de 1949, 111 de 1958 y 151 de 1978, ratificados todos por el Estado Colombiano.

El accionante consideró no sólo que las disposiciones acusadas eran inconstitucionales, sino además que el Congreso había incurrido en una omisión legislativa pues, contrario a lo preceptuado por el artículo 53 superior, no ha expedido un estatuto del trabajo que sea desarrollo de los principios constitucionales. Específicamente, consideró:

Los artículos 25 y 26, no respetan la garantía al descanso necesario, pues amplían la jornada diurna hasta las 10 p.m., disminuyen la remuneración de los dominicales festivos y eliminan la compensación del descanso en los mismos cuando no son habituales.

El artículo 28, va en contra del principio de estabilidad en el empleo, debido a que disminuye sustancialmente el valor de la indemnización por terminación unilateral del contrato sin justa causa. Vulnera también la igualdad frente a la ley e igualdad de oportunidades, el mismo artículo 28, crea una diferencia de trato entre quienes ganan más de diez salarios y quienes están por debajo de ese límite, en lo referido al valor de la indemnización.

El artículo 30, desconoce los artículos 13, 53, 54, 55 de la Carta, los Convenios 98 de 1949 y 151 de 1978 y el PIDESC, este artículo es contrario al principio de la primacía de la realidad sobre las formas, porque estipula que el contrato de aprendizaje es *“una forma especial dentro del derecho*



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

laboral.” Sin el pago de salarios, prestaciones sociales, ni derecho de asociación sindical, y tampoco a contratación colectiva. Agrega que en contra del principio constitucional de remuneración mínima vital y móvil, el mismo artículo 30 consagra una contraprestación económica por debajo del mínimo legal para el contrato de aprendizaje.

El artículo 51, desconoce el artículo 42 de la Carta, porque convierte en permanente lo que era excepcional, con el único criterio de protección a las necesidades de las empresas, por encima de los derechos de los trabajadores. Además, para hacer efectivos los derechos a la unidad familiar y a la recreación, el trabajador debe tener certeza de los horarios que puede dedicar a su familia y a sus actividades personales. Por tanto, la posibilidad del empleador de modificar la jornada diurna niega al trabajador su derecho a disponer libremente de su tiempo.

A su vez, la acción que dio lugar a la sentencia C-257 de 2008, presenta cargos en contra de los artículos 25, 26, 28 y 51 (en lo acusado) de la Ley 789 de 2002, que se sustentan en la vulneración al Preámbulo y los artículos 1 (principios fundantes del Estado colombiano), 2 (fines del Estado Colombiano), 3 (soberanía popular), 4 (supremacía de la Constitución), 5 (primacía de los derechos inalienables de la persona), 25 (derecho al trabajo), 53 (principios mínimos del estatuto del trabajo), 93 y 94 (cláusula de los derechos innominados) de la Constitución; la Declaración Universal de los Derechos Humanos; y el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como parámetros de constitucionalidad *estricto sensu*. Al igual que los artículos 2.1, 4, 5, 6.1, 6.2, 7 (literal d) y 11.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 1 y 2 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y los criterios interpretativos del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales contenidos en las Observaciones Generales del Comité Económico y Social de la ONU.

Se observa que en ambas sentencias, la C-038 de 2004 y la C-257 de 2008, no se tuvieron en cuenta importantes argumentos que ahora soportan el nuevo juicio de inconstitucionalidad formulado en la presente acción: (i) No se asumió una idea de



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

principios jurídicos (v. gr. el Principio de No Regresividad) como normas jurídicas prevalentes sobre las restantes normas del ordenamiento, que fungen de criterios de validez; (ii) Se vulneró el Principio de No Regresividad consagrado en el artículo 5 del PIDESC, como principio autónomo e independiente, y que obliga a diferenciar entre la Directriz de Progresividad y el Principio de No Regresividad; (iii) A la fecha de presentación de esta acción, ni el ejecutivo ni el órgano legislativo, han asumido la carga argumentativa dirigida a demostrar que las medidas legales tomadas y que ahora son objeto de impugnación por inconstitucionalidad, eran necesarias para lograr una disminución del desempleo, esto es, nunca se estudiaron otros medios que permitieran la generación de empleo sin afectar las garantías de los empleados o que cuya carga no tuviese que ser asumida solo por éstos. (iv) Tampoco se demostró por parte del gobierno que la disminución en los índices de desempleo que ha tenido el país en la última década, hubiera sido como consecuencia directa de la expedición de los enunciados acusados de inconstitucionalidad; carga de la prueba que estaba exclusivamente a su cargo. (v) Además, se puede afirmar que la ponderación realizada en su momento por la Honorable Corte Constitucional, no tuvo en cuenta todos los elementos necesarios para su desarrollo, tales como el análisis riguroso de la adecuación, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto de la legislación adoptada que se estima regresiva; y, por último, (vi) Tampoco se tuvo en cuenta la violación a los principios de Proporcionalidad, Solidaridad y Equilibrio de Cargas Públicas, además del ya mencionado Principio de No Regresividad. Estos nuevos argumentos exigen realizar un nuevo estudio de constitucionalidad que se plantea a través de esta acción. Es necesario resaltar que es posible volver a presentar una acción de inconstitucionalidad cuando ya existe pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional sobre los mismos enunciados. Así lo consideró en la sentencia C-036 de 2003 cuando señaló:

“...No obstante lo anterior, y teniendo en cuenta la especial naturaleza de la cosa juzgada constitucional, es necesario advertir, que de manera excepcional, resulta posible que el juez constitucional se pronuncie de fondo sobre normas que habían sido objeto de decisión de exequibilidad previa. El carácter dinámico de la Constitución, que resulta de su permanente tensión con la realidad, puede conducir a que en determinados casos resulte imperativo que el juez constitucional deba modificar su interpretación de los



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

principios jurídicos para ajustarlos a las necesidades concretas de la vida colectiva - aún cuando no haya habido cambios formales en el texto fundamental -, lo que incide necesariamente en el juicio de constitucionalidad de las normas jurídicas. El concepto de “Constitución viviente” puede significar que en un momento dado, a la luz de los cambios económicos, sociales, políticos, e incluso ideológicos y culturales de una comunidad, no resulte sostenible, a la luz de la Constitución, - que es expresión, precisamente, en sus contenidos normativos y valorativos, de esas realidades -, un pronunciamiento que la Corte haya hecho en el pasado, con fundamento en significaciones constitucionales materialmente diferentes a aquellas que ahora deben regir el juicio de Constitucionalidad de una determinada norma. En estos casos, no se puede considerar que el fallo vulnera la cosa juzgada, ya que el nuevo análisis parte de un marco o perspectiva distinta, que en lugar de ser contradictorio conduce a precisar los valores y principios constitucionales y permiten aclarar o complementar el alcance y sentido de una institución jurídica”.

En similar sentido, en la sentencia C-774 de 2001 la Corte Constitucional reconoció la posibilidad de modular los efectos de la cosa juzgada constitucional. Indicó:

“Teniendo en cuenta pues que la figura de la cosa juzgada; en el proceso constitucional es necesario modular la operancia de la cosa juzgada conforme a un análisis que tenga en cuenta la posibilidad de que se planteen nuevos cargos, no tenidos en cuenta por el juez constitucional, o que el examen de las normas demandadas se haya limitado al estudio de un solo asunto de constitucionalidad, o que no se haya evaluado la disposición frente a la totalidad de la Carta, o que exista una variación en la identidad del texto normativo. En eventos como estos, no obstante existir ya un fallo de constitucionalidad, podría abrirse la posibilidad de realizar una nueva valoración de la norma acusada.(...)”.

Conforme a lo anterior, una lectura a la sentencia C-038 de 2004 podría conducir a la conclusión que la Corte Constitucional definió una cosa juzgada constitucional absoluta, con lo cual no estaría permitido considerar nuevamente argumento o



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

discusión alguna acerca de la inexecutable de los artículos 25 total y artículos 26, 28, 30, 31 y 51 parciales de la Ley 789 de 2002, ahora demandados. Pero se debe resaltar que con la presente acción se presentan nuevos argumentos de impugnación basados en principios jurídicos, con fundamento en una realidad social distinta y que la sentencia C-038 de 2004 declaró la cosa juzgada absoluta sólo respecto del artículo 29 de la Ley 789 de 2002, y en la acción que dio lugar a la sentencia C-257 de 2008 no se demandó el artículo 29 de la Ley 789 de 2002.

Adicionalmente, en la parte considerativa de la sentencia C-038 de 2004⁷, que fue retomada en la sentencia C-257 de 2008⁸, se expuso que en relación a los derechos sociales fundamentales la libertad de configuración del Congreso de la República es restringida, y que por tratarse de enunciados regresivos, como los que se atacan en esta acción, el control judicial debe ser más riguroso, al presumirse los mismos como inconstitucionales, por lo que se impone un nuevo juicio de proporcionalidad con fundamento en los argumentos de impugnación que ahora se exponen. Señaló la Corte Constitucional en relación a los límites del legislador:

“(...) la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve restringida, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado es constitucionalmente problemático puesto que precisamente contradice el mandato de progresividad. 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. Esto significa que, como esta Corte ya lo había señalado, un retroceso debe presumirse en principio inconstitucional, pero puede ser justificable, y por ello está sometido a un control judicial más severo. Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social.

⁷ Corte Constitucional. Sentencia C 038 de 2004. 22.

⁸ Corte Constitucional. Sentencia C 257 de 2008. 2.



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

“25- El anterior análisis permite concluir que las reformas laborales que disminuyen protecciones alcanzadas por los trabajadores son constitucionalmente problemáticas (...). Ellas podrían vulnerar la prohibición prima facie de que no existan medidas regresivas en la protección de los derechos sociales. Por ende, la libertad del Legislador al adelantar reformas laborales de este tipo dista de ser plena, pues no sólo (i) no puede desconocer derechos adquiridos sino que además (ii) debe respetar los principios constitucionales del trabajo y (iii) las medidas deben estar justificadas, conforme al principio de proporcionalidad. Esto significa que las autoridades políticas, y en particular el Legislador, deben justificar que esas disminuciones en la protección alcanzada frente a los derechos sociales, como el derecho al trabajo, fueron cuidadosamente estudiadas y justificadas, y representan medidas adecuadas y proporcionadas para alcanzar un propósito constitucional de particular importancia.” (subrayado extra texto)

De la anterior cita se observa además, cómo la honorable Corte Constitucional deriva el Principio de No Regresividad del Principio de Progresividad, cuando establece que: “... todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado es constitucionalmente problemático puesto que precisamente contradice el mandato de progresividad ... Esto significa que, como esta Corte ya lo había señalado, un retroceso debe presumirse en principio inconstitucional, pero puede ser justificable, y por ello está sometido a un control judicial más severo. Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social. (...)”, y aunque este punto será desarrollado más ampliamente, desde ya es preciso resaltar que el llamado Principio de Progresividad, realmente representa una directriz cuyo cumplimiento depende de las circunstancias fácticas y económicas de cada Estado, como lo señalan los artículos 2.1. del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC) y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuando establecen respectivamente que:

*“**Art. 2.1. del PIDESC.** (...) cada uno de los estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales,*



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos” (el énfasis es nuestro).

“Art. 26 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos. (...) para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan ..., en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados” (el énfasis es nuestro).

A diferencia del principio de Progresividad, que tiene la condición de directriz en tanto establece un deber vinculado a las posibilidades económicas de los Estados, el principio de No Regresividad consagra un deber de no retroceso, es de obligatorio acatamiento y no depende de las condiciones fácticas y económicas; además, éste tiene consagración legal independiente en el artículo 5 del PIDESC. En síntesis, el Principio de No Regresividad no puede derivarse de la Directriz de Progresividad, son conceptos autónomos, con una ontología distinta y tienen efectos diversos.

Es preciso resaltar que la misma Corte Constitucional establece que cuando una norma es regresiva se presume inconstitucional “... Esto significa que, como esta Corte ya lo había señalado, un retroceso debe presumirse en principio inconstitucional, pero puede ser justificable, y por ello está sometido a un control judicial más severo, ...”, salvo que la autoridad demuestre que era necesaria dicha regresividad para el desarrollo de ese derecho social. Ante la posibilidad de afectar derechos sociales ya reconocidos, la norma debe estar sometida a un control judicial más estricto que en el resto de casos.

No obstante lo afirmado por la Corte Constitucional en relación a la presunción de inconstitucionalidad y al deber de la autoridad de demostrar la necesidad de la medida regresiva, en las sentencias C-038 de 2004 y C-257 de 2008, no se ejerció, como se demostrará, un control judicial más severo frente a los enunciados que acá se demandan de la Ley 789 de 2002, en tanto que no fueron analizados a la luz de



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

cargos de relevancia constitucional como los principios de No Regresividad, Proporcionalidad, Solidaridad y Equilibrio de Cargas Públicas.

De haber tenido en cuenta los anteriores argumentos, muy probablemente la consecuencia hubiera sido que dichos enunciados se tornaban inconstitucionales al ser regresivos, al afectar principios constitucionales como el de No Regresividad, Proporcionalidad, Solidaridad y Equilibrio de Cargas Públicas y por no haber asumido la autoridad legislativa y el ejecutivo la carga de la prueba dirigida a demostrar que dichas medidas eran adecuadas, necesarias y proporcionadas. En síntesis, los enunciados demandados debieron haber sido excluidos del ordenamiento jurídico, que es lo que se persigue con esta acción, con fundamento en la violación a los principios de No Regresividad (y no en la Directriz de Progresividad), Proporcionalidad, Solidaridad y Equilibrio de Cargas Públicas, principios que son de obligatorio acatamiento.

La argumentación realizada por la Honorable Corte Constitucional en la parte considerativa de ambas sentencias (C-038 de 2004 y C-257 de 2008) permite afirmar que en materia de reformas laborales regresivas el control constitucional debe ser más exigente en tanto que debe respetar los principios jurídicos y el principio de proporcionalidad, lo que impone a estos accionantes la carga de demostrar en esta nueva acción la necesidad de un control de constitucionalidad más riguroso con fundamento en la violación a los principios de No Regresividad, Proporcionalidad, Solidaridad y Equilibrio de Cargas Públicas y la necesidad de un nuevo test de proporcionalidad o ponderación por el cual se demostrará que las normas acusadas afectaron única e innecesariamente al grupo poblacional más desprotegido del contexto laboral, como son los trabajadores.

De acuerdo a lo expuesto, queda claro que cualquier cosa juzgada constitucional, absoluta o relativa, pierde su peso o valor frente a la noción de Principios Jurídicos entendidos como normas jurídicas prevalentes que determinan la validez de las restantes normas del ordenamiento, idea ésta incorporada en nuestro ordenamiento jurídico. Por lo anterior, las disposiciones ahora acusadas, no obstante haber sido declaradas exequibles, devienen inexecutable cuando se las confronta con la nueva



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

concepción de principio de no regresividad y con los principios no tenidos en cuenta en los anteriores juicios de constitucionalidad.

En conclusión, no existe cosa juzgada, por cuanto los cargos que se plantean en esta acción no son idénticos o iguales y existen otros nuevos a los presentados anteriormente.

Aceptando, en gracia de discusión, que los cargos son idénticos en la forma, el argumento que se plantea es totalmente distinto, teniendo en cuenta que la concepción de los principios que se abordó en las sentencias a las que se hizo referencia (C-038 de 2004 y C-257 de 2008), es distinta a la que se pretende en esta demanda por dos razones: en primer lugar, en relación a la fuerza normativa y funciones de los Principios Jurídicos en el Estado Social y Constitucional de Derecho reconocida por la misma Corte Constitucional; y, en segundo lugar, respecto a la necesidad de una concepción o definición del Principio de No Regresividad autónoma a la noción que se tiene de la Directriz de Progresividad.

Como síntesis de esta parte introductoria referida a la inexistencia de cosa juzgada, se debe advertir la importancia de una definición acerca de la naturaleza y funciones de los principios jurídicos en tanto que en unas sentencias los afirma como criterios auxiliares y en otras como normas jurídicas de observación irrestricta y obligatorio cumplimiento, siendo igualmente necesario una distinción entre la No Regresividad como principio y la Progresividad como directriz.

En relación con lo anterior, si la Corte Constitucional asume una idea de principios jurídicos como normas prevalentes de obligatorio cumplimiento que limitan los poderes del Estado, así como la interpretación y creación de las demás normas, necesario es concluir que con base en los Principios de No Regresividad (no se puede retroceder, salvo que se demuestre que la medida era necesaria o indispensable para alcanzar un fin constitucionalmente válido y proporcional, lo que no se probó), Proporcionalidad, Solidaridad y Equilibrio de Cargas Públicas, las disposiciones acusadas serían inexecutable.



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

En este contexto, teniendo en cuenta el carácter regresivo de la Ley 789 de 2002, que la carga regresiva fue asumida única y exclusivamente por una sola de las partes de la relación laboral, los trabajadores, precisamente la parte más débil y vulnerable, y no por todas las partes: Estado, empleadores y trabajadores, y que además no se comprobó que la reducción del desempleo fuera como consecuencia de la implementación de esa ley, lo que fue reconocido expresamente por la misma Corte Constitucional a través de las sentencias C-038 de 2004 y C-257 de 2008, se pone en evidencia la inconstitucionalidad de los enunciados que se demandan.

En conclusión, no se demostró en el momento de la génesis de la norma impugnada, ni luego de su implementación, la adecuación, necesidad y proporcionalidad del medio, que justificara la regresividad de la Ley 789 de 2002, lo que dejaría sin sentido constitucional la disminución o reducción de los derechos económicos, sociales y culturales fundamentales de los trabajadores.

3. CARGOS COMUNES DE LA VIOLACIÓN

Todos los enunciados subrayados en los respectivos artículos 25, 26, 28, 30, 31 y 51 de la Ley 789 de 2002; y en artículos 1 y 2 de la Ley 1846 de 2017, violan o infringen los siguientes artículos de la Constitución Política y del Bloque de Constitucionalidad.

3.1. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

3.1.1. Artículo 1. “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.”

3.1.2. Artículo 2. “Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.”

3.1.3. Artículo 13. “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”

3.1.4. Artículo 25. “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.”

3.1.5. Artículo 53. “El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

El Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.”

3.1.6. Artículo 93. “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

Adicionado por el Acto Legislativo 02 de 2001, con el siguiente texto: El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución. La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él.”

3.2. DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

3.2.1. Artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, en ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, éste podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática.”

3.2.2. Artículo 5 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

“1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de reconocer derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos o libertades reconocidos en el Pacto, o a su limitación en medida mayor que la prevista en él.

2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.”

4. RAZONES COMUNES DE LA VIOLACIÓN

El artículo 2 del Decreto 2067 de 1991⁹ y las sentencias C-1052 de 2001 y C-856 de 2006, imponen como requisitos que las razones de la violación sean expuestas

⁹ “Artículo 2º. Las demandas en las acciones públicas de inconstitucionalidad se presentarán por escrito, en duplicado, y contendrán: 1. El señalamiento de las normas acusadas como inconstitucionales, su transcripción literal por cualquier medio o un ejemplar de la publicación oficial de las mismas; 2. El señalamiento de las normas constitucionales que se consideren infringidas; 3. Los razones por las cuales dichos textos se estiman violados; 4. Cuando fuera el caso, el señalamiento del trámite impuesto por la Constitución para la expedición del acto demandado y la forma en que fue quebrantado; y 5. La razón por la cual la Corte es competente para conocer de la demanda”.



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

con claridad¹⁰, certeza¹¹ especificidad¹², pertinencia¹³ y suficiencia¹⁴. Todos los enunciados demandados (apartes) infringen las normas de la Constitución Política y del Bloque de Constitucionalidad enunciadas en el acápite anterior por violar los Principios Jurídicos Constitucionales de No Regresividad, Proporcionalidad,

¹⁰ “La claridad de la demanda es un requisito indispensable para establecer la conducencia del concepto de la violación, pues aunque “el carácter popular de la acción de inconstitucionalidad, [por regla general], releva al ciudadano que la ejerce de hacer una exposición erudita y técnica sobre las razones de oposición entre la norma que acusa y el Estatuto Fundamental”, no lo excusa del deber de seguir un hilo conductor en la argumentación que permita al lector comprender el contenido de su demanda y las justificaciones en las que se basa.

¹¹ “Las razones que respaldan los cargos de inconstitucionalidad sean ciertas significa que la demanda recaiga sobre una proposición jurídica real y existente “y no simplemente [sobre una] deducida por el actor, o implícita” e incluso sobre otras normas vigentes que, en todo caso, no son el objeto concreto de la demanda. Así, el ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad supone la confrontación del texto constitucional con una norma legal que tiene un contenido verificable a partir de la interpretación de su propio texto; “esa técnica de control difiere, entonces, de aquella [otra] encaminada a establecer proposiciones inexistentes, que no han sido suministradas por el legislador, para pretender deducir la inconstitucionalidad de las mismas cuando del texto normativo no se desprenden”.

¹² “Las razones son específicas si definen con claridad la manera como la disposición acusada desconoce o vulnera la Carta Política a través “de la formulación de por lo menos un cargo constitucional concreto contra la norma demandada”. El juicio de constitucionalidad se fundamenta en la necesidad de establecer si realmente existe una oposición objetiva y verificable entre el contenido de la ley y el texto de la Constitución Política, resultando inadmisibles que se deba resolver sobre su inexecutable a partir de argumentos “vagos, indeterminados, indirectos, abstractos y globales” que no se relacionan concreta y directamente con las disposiciones que se acusan. Sin duda, esta omisión de concretar la acusación impide que se desarrolle la discusión propia del juicio de constitucionalidad.”

¹³ “La pertinencia también es un elemento esencial de las razones que se exponen en la demanda de inconstitucionalidad. Esto quiere decir que el reproche formulado por el peticionario debe ser de naturaleza constitucional, es decir, fundado en la apreciación del contenido de una norma Superior que se expone y se enfrenta al precepto demandado. En este orden de ideas, son inaceptables los argumentos que se formulan a partir de consideraciones puramente legales y doctrinarias, o aquellos otros que se limitan a expresar puntos de vista subjetivos en los que “el demandante en realidad no está acusando el contenido de la norma sino que está utilizando la acción pública para resolver un problema particular, como podría ser la indebida aplicación de la disposición en un caso específico”; tampoco prosperarán las acusaciones que fundan el reparo contra la norma demandada en un análisis de conveniencia, calificándola “de inocua, innecesaria, o reiterativa” a partir de una valoración parcial de sus efectos.”

¹⁴ “La suficiencia que se predica de las razones de la demanda de inconstitucionalidad guarda relación, en primer lugar, con la exposición de todos los elementos de juicio (argumentativos y probatorios) necesarios para iniciar el estudio de constitucionalidad respecto del precepto objeto de reproche. Por otra parte, la suficiencia del razonamiento apela directamente al alcance persuasivo de la demanda, esto es, a la presentación de argumentos que, aunque no logren prime facie convencer al magistrado de que la norma es contraria a la Constitución, si despiertan una duda mínima sobre la constitucionalidad de la norma impugnada, de tal manera que inicia realmente un proceso dirigido a desvirtuar la presunción de constitucionalidad que ampara a toda norma legal y hace necesario un pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional”. Es de tener en cuenta que de acuerdo con la Corte Constitucional cualquier norma regresiva se presume en principio inconstitucional.



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

Solidaridad y Equilibrio de Cargas Públicas. Las razones comunes de violación se abordarán en el siguiente orden:

4.1. Naturaleza y funciones de los Principios Jurídicos.

4.1.1. Estado Constitucional y Social de Derecho. Fines, características de las fuentes del derecho y noción de validez jurídica.

4.1.2. Diferencia entre Principios y Directrices.

4.1.3. Principios Jurídicos Constitucionales: naturaleza y funciones.

4.1.4. Noción de Principios en Colombia.

4.2. Violación al Principio Jurídico de No Regresividad.

4.2.1. Principio de No Regresividad.

4.2.2. Principio de No Regresividad y su distinción del llamado Principio de Progresividad.

4.2.3. El trabajo, como derecho social fundamental, debe ser objeto de protección a través de un control de constitucionalidad más estricto.

4.2.4. La potestad de configuración del legislador frente a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales Fundamentales no es ilimitada, tratándose de normas regresivas se presumen inconstitucionales y el control de constitucionalidad debe ser más severo.

4.3. Vulneración al Principio Jurídico de Proporcionalidad.

4.3.1. Análisis de la razonabilidad a través del estudio del test de proporcionalidad.

4.3.2. Test de Proporcionalidad realizado en las sentencias C-038 de 2004 y C-257 de 2008.

4.3.3. Test de Proporcionalidad frente a los enunciados demandados.

4.4. Violación al Principio Jurídico de Solidaridad.

4.5. Violación al Principio Jurídico de Equilibrio de Cargas Públicas.

4.1. NATURALEZA Y FUNCIONES DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS

En atención a que la acción está soportada en la violación de importantes principios jurídicos, se debe dar respuesta a la pregunta: ¿Qué son los principios jurídicos y qué noción de ellos (naturaleza y funciones) se debe asumir en el Estado Constitucional y Social de Derecho en el ejercicio del control de constitucionalidad?



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

De la respuesta a esos interrogantes dependerá el sentido de las decisiones del operador jurídico frente a los cargos y razones de la violación.

Para dar solución al problema jurídico planteado y poder comprender la naturaleza y funciones de los principios, es necesario tener en cuenta, en primer lugar, los fines del Estado Constitucional y Social de Derecho y sus características en relación a las fuentes y validez del derecho; en segundo lugar, que la Constitución contiene diferentes tipos de enunciados (valores y directrices) y, en consecuencia, no todos son jurídicos y no todos los enunciados tienen la misma fuerza vinculante debido al triple valor axiológico, político y jurídico de la norma de normas; en tercer lugar, las diferentes nociones de principios; finalmente se enunciará la noción de principios jurídicos que se debe asumir en Colombia, como Estado Constitucional y Social de Derecho que es.

4.1.1. Estado Constitucional y Social de Derecho. Fines, características de las fuentes del derecho y noción de validez jurídica.

El modelo de Estado Constitucional y Social de Derecho, impone como fines esenciales la limitación del poder y la protección eficaz de las garantías individuales. Ello implica, en relación a las fuentes del derecho, que parte del espacio reservado anteriormente a la ley, es cedido a la jurisdicción y a los principios que adquieren una importancia excepcional tal como la misma Corte Constitucional lo ha reconocido en la sentencia T-406 de 1992¹⁵ en la que señaló que ante la crisis de la fuerza normativa de la ley, los principios adquieren una importancia excepcional, modificándose así todo el sistema tradicional de fuentes del derecho. Frente al concepto de validez, en el Estado social y constitucional se afirma la existencia de criterios materiales que se concretan en los principios jurídicos, asumidos como normas que determinan la validez material de las restantes normas del ordenamiento jurídico (sentencia C-067 de 2003 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra¹⁶) y herramientas fundamentales para el fortalecimiento de las garantías

¹⁵ “En estas circunstancias la ley pierde su tradicional posición predominante y los principios y las decisiones judiciales, antes considerados como secundarios dentro del sistema normativo, adquieren importancia excepcional”.(subrayas extratexto)

¹⁶ En esta sentencia la Corte Constitucional señaló, citando a Norberto Bobbio, que las características de las normas que forman parte del bloque son las mismas de los principios generales del derecho: “Dado el rango constitucional que les confiere la carta, las disposiciones que integran



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

individuales; por lo tanto, no deben ser concebidos como criterios metajurídicos o extrasistemáticos (que están por fuera del ordenamiento) o herramientas auxiliares que operan en casos de ausencia de claridad de la ley, de vacíos o incoherencias del ordenamiento jurídico.

Es necesario resaltar que la mayor o menor efectividad del control a la actividad o ejercicio del poder del Estado, es directamente proporcional a la mayor o menor importancia que se le otorgue a los principios. Si se toman como criterios auxiliares o mandatos de optimización, tanto el control como los límites al poder, se tornan difusos en la medida que se amplía el margen de discrecionalidad para la adopción de decisiones fundamentadas en razones políticas. Si se consideran normas jurídicas, prevalentes sobre las restantes normas y en consecuencia criterios de validez material, el margen de discrecionalidad o el espacio para las razones políticas se reduce para dar mayor cabida a las razones jurídicas, limitando en mayor medida el ejercicio del poder y fortaleciendo el Estado social y constitucional de Derecho.

En el contexto de Estado Social y Constitucional de Derecho Colombiano, caracterizado por la búsqueda de la validez material, los principios no solo sirven de herramientas para la interpretación de la ley sino, además, de criterios para la evaluación de la constitucionalidad o validez de las restantes normas del ordenamiento jurídico. Así lo da a entender la Corte Constitucional en la reconocida sentencia T-406 de 1992 M.P.: Dr. Ciro Angarita Barón *“El aumento de la complejidad fáctica y jurídica en el Estado contemporáneo ha traído como consecuencia un agotamiento de la capacidad reguladora de los postulados generales y abstractos. En estas circunstancias la ley pierde su tradicional posición predominante y los principios y las decisiones judiciales, antes considerados como secundarios dentro del sistema normativo, adquieren importancia excepcional”* (subrayas extratexto).

el bloque superior cumplen la cuádruple finalidad que les asigna Bobbio, a saber, servir de i) regla de interpretación respecto de la dudas que puedan suscitarse al momento de su aplicación; ii) la de integrar la normatividad cuando no exista norma directamente aplicable al caso; iii) la de orientar las funciones del operador jurídico, y iv) la de limitar la validez de las regulaciones subordinadas” (subrayas extratexto).



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

4.1.2. Diferencia entre Principios y Directrices

Conjuntamente con lo anterior, se debe tener presente que la Constitución Política, además de ser norma de normas, tiene un triple valor: político, jurídico y axiológico. Significa ello que si bien la Constitución es la principal norma del ordenamiento, no por ello todos sus enunciados son normas jurídicas en la medida que en ella se encuentran, básicamente, enunciados políticos (directrices), morales (valores) y propiamente jurídicos (principios y reglas), lo que exige una distinción entre esos tres tipos de enunciados, en especial, entre principios y directrices, en la medida que allí radica la necesaria distinción entre principios (Principio de No Regresividad) como normas jurídicas obligatorias y prevalentes, y las directrices políticas entendidas como enunciados referidos al bien común o el interés general que se aplican de acuerdo a las posibilidades o recursos existentes (Principio -realmente directriz- de Progresividad).

La importancia de una distinción entre principios y directrices radica en que frente a éstas la sola imposibilidad fáctica, como la ausencia de recursos, puede servir de excusa para el no cumplimiento de los deberes de promoción de los derechos económicos, sociales y culturales, mientras que en tratándose de principios jurídicos, no es posible aducir como argumento válido para su no acatamiento la imposibilidad fáctica, en la medida que se trata de normas jurídicas que imponen un deber ser específico, prevalentes y de obligatorio cumplimiento. En otros términos, el Estado se puede excusar en la ausencia de recursos para no satisfacer una prestación económica, pero nunca podrá aducir esa misma razón para el no cumplimiento de una norma jurídica so pena de incurrir en prevaricato o en una infracción al ordenamiento jurídico. Por esta razón, es necesario separar el Principio de Progresividad, entendido como un deber político, del Principio de No Regresividad, entendido como una obligación jurídica de imperativo cumplimiento. En breves términos, el Estado podrá avanzar a la velocidad que desee, pero nunca podrá dar marcha atrás.

4.1.3. Principios Jurídicos Constitucionales: naturaleza y funciones



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

Con ayuda de criterios como el carácter o naturaleza jurídica o no jurídica de los principios (criterio ontológico) y sus funciones (criterio funcional) en relación con las restantes normas del ordenamiento jurídico, se puede afirmar que en Colombia existen dos posiciones en relación a los principios: una fuerte y otra débil. Cada una de ellas condiciona la actitud del operador jurídico al momento de aplicarlos. En atención a que la presente acción se soporta en importantes principios jurídicos constitucionales, no tenidos en cuenta en los anteriores controles de constitucionalidad, es necesario explicar en qué consisten ambas posiciones.

Posición Débil. Considera que los principios no son normas jurídicas sino normas extrasistemáticas, metajurídicas, morales, que están por fuera del derecho, que sólo ejercen una función auxiliar frente a las normas jurídicas y que sólo se aplican en la solución de los denominados casos difíciles o límites. Se asumen como principios de derecho natural y, de esta manera, se confunden con los valores. Son ejemplos de esta posición: el artículo 4 de la Ley 153 de 1887 y las sentencias C-083 de 1995 y C-284 de 2015.

Posición Fuerte. Asume que los principios son normas jurídicas, al igual que las reglas, que son resultado de un procedimiento inductivo del mismo ordenamiento jurídico. Esta posición a su vez se puede clasificar en:

Fuerte-débil, que asume que los principios son normas jurídicas, pero desempeñan una función auxiliar o subsidiaria (sirven para crear, integrar e interpretar el derecho). Se puede confundir con una teoría débil (principios como normas morales) y exige la ponderación como único medio de aplicación de los principios cuando hay colisión entre ellos en un caso concreto, donde se debe determinar el mayor peso o jerarquía móvil de un principio sobre otro principio a través de la ley de la colisión. Indica que sólo se aplican por ponderación al ser mandatos que ordenan realizar lo exigido en la medida de las posibilidades jurídicas y fácticas. Cuando se indica que los principios se aplican en la medida de esas posibilidades, se les confiere el carácter de normas programáticas o directrices.

Fuerte-Fuerte. Indica que los principios son normas jurídicas que priman sobre las restantes normas del ordenamiento porque: 1. Son las más importantes normas del



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

ordenamiento jurídico, que se derivan del mismo a través de un proceso de inducción progresiva llamado *analogía iuris* y que condicionan la validez de las restantes normas (argumento ontológico); 2. Sirven de principal razón de la decisión de las sentencias de la Corte Constitucional o como pautas fundamentales para la resolución del Recurso de Casación, ya que funcionan de parámetro de constitucionalidad o legitimidad de la fuente subordinada (argumento funcional); y 3. Prevalecen sobre las restantes normas por mandato del mismo legislador (argumento lógico). Esta posición sugiere que los principios jurídicos son normas materialmente constitucionales y que, en consecuencia, pueden integrar el bloque de constitucionalidad, son de aplicación directa, prevalecen sobre las normas tipo reglas y sólo cuando entran en conflicto con otros principios procede la ponderación.

En aras a la protección de la Constitución Política y de las garantías individuales, la noción de principios que debe ser considerada en el control constitucional es la fuerte-fuerte en la medida que los asume como normas jurídicas fundantes y fundamentales, prevalentes y, en consecuencia de ello, adquieren la condición de criterios de validez.

4.1.4. Noción de Principios en Colombia

En el proceso constituyente de 1991 no existió un debate profundo en torno a la naturaleza (normas jurídicas o morales) y funciones (auxiliares o principales) de los principios, pero fue clara la voluntad del constituyente de reconocerles su importancia de normas jurídicas prevalentes y como límites al ejercicio del poder¹⁷.

“La confianza depositada en los principios se advierte cuando se expresa que son medios de contención de la arbitrariedad del poder del Estado, función que solo pueden cumplir los principios cuando se asumen como normas jurídicas a las cuales debe supeditarse toda la actividad del Estado. Señala el constituyente Hernando

¹⁷ ESTRADA, S. *El Neoconstitucionalismo Principialista en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991*. En: Revista Prolegómenos - Derechos y Valores. 2014 - I. 39, 40.



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

Londoño Jiménez: “(...) aspiramos a que se consagren normas constitucionales que en el futuro impidan este desbordamiento de las facultades al Ejecutivo con motivo del Estado de Sitio. Pero también, en previsión de que ello pueda ocurrir en el futuro, aspiramos a que se eleven a rango constitucional todos los principios, todos los derechos y garantías que en materia penal y de procedimiento han sido abiertamente violados con la legislación de emergencia, como lo hacen las constituciones más modernas, las Cartas Fundamentales inspiradas en las corrientes liberales y democráticas del derecho contemporáneo (Londoño, 1991, 10)

(...)

el deseo del constituyente por hacer de ellos límites al ejercicio del poder del Estado, en especial de la función jurisdiccional, se evidencia en el discurso de clausura de la Asamblea Nacional Constituyente presentado por el Presidente de la Asamblea Álvaro Gómez Hurtado: «Hemos aprobado principios jurídicos que no solo hacen más eficaz la administración de justicia, sino que la vuelven confiable, porque con ellos impediremos sus desmanes» (Gómez, 1991, 35). (...)”

Se pone en evidencia una paradoja: tanto el constituyente como el legislador coinciden en otorgar a los principios un carácter de normas jurídicas prevalentes, pero ha sido éste el que ha reconocido con mayor claridad el carácter de los principios como normas prevalentes (normas de superior jerarquía material) sobre las restantes normas del ordenamiento. Algunas leyes incorporan esa condición prevalente, v. gr. los artículos 13 del Código Penal¹⁸, 26 del Código de

¹⁸ «Artículo 13. Normas rectoras y fuerza normativa. Las normas rectoras contenidas en este código constituyen la esencia y orientación del sistema penal. Prevalecen sobre las demás normas e informan su interpretación.»



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

Procedimiento Penal¹⁹, 21 de la Ley 734 de 2002²⁰, 13 de la Ley 836 de 2003²¹, 5 de la Ley 1098 de 2006²², 16 de la Ley 1123 de 2007²³, 3 de la Ley 1306 de 2009²⁴, 197 numeral 9 de la Ley 1607 de 2012²⁵.

Así mismo, se debe resaltar que la Constitución Política Colombiana de 1991, estableció en su artículo 1 que Colombia es un Estado Social de Derecho, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas y en la prevalencia del interés general; y en su artículo 2 señaló como fines esenciales del Estado, entre otros, el de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y la vigencia de un orden justo.

¹⁹ «Artículo 26. Prevalencia. Las normas rectoras son obligatorias y prevalecen sobre cualquier otra disposición de éste código. Serán utilizadas como fuente de interpretación.»

²⁰ «Artículo 21. Aplicación de principios e integración normativa. En la aplicación del régimen disciplinario prevalecerán los principios rectores contenidos en esta ley y en la Constitución Política. En lo no previsto en esta ley se aplicarán los tratados internacionales sobre derechos humanos y los convenios internacionales de la OIT ratificados por Colombia, y lo dispuesto en los códigos Contencioso Administrativo, Penal, de Procedimiento Penal y de Procedimiento Civil en lo que no contravengan la naturaleza del derecho disciplinario.»

²¹ «Artículo 13. Prevalencia de los principios rectores. En la interpretación y aplicación de este reglamento prevalecerán los principios rectores que determinan la Constitución Política, la Ley 734 de 2002 y la presente ley.»

²² «Artículo 5. Naturaleza de las normas contenidas en este código. Las normas sobre los niños, las niñas y los adolescentes, contenidas en este código, son de orden público, de carácter irrenunciable y los principios y reglas en ellas consagrados se aplicarán de preferencia a las disposiciones contenidas en otras leyes.»

²³ «Artículo 16. Aplicación de principios e integración normativa. En la aplicación del régimen disciplinario prevalecerán los principios rectores contenidos en la Constitución Política y en esta ley. En lo no previsto en este código se aplicarán los tratados internacionales sobre Derechos Humanos y deontología de los abogados, y lo dispuesto en los Códigos Disciplinario Único, Penal, de Procedimiento Penal y de Procedimiento Civil, en lo que no contravenga la naturaleza del derecho disciplinario.»

²⁴ «Artículo 3. Principios: En la protección y garantía de los derechos de las personas con discapacidad mental se tomarán en cuenta los siguientes principios: a) El respeto de su dignidad, su autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones y su independencia; b) La no discriminación por razón de discapacidad; c) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; d) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad mental como parte de la diversidad y la condición humana; e) La igualdad de oportunidades; f) La accesibilidad; g) La igualdad entre el hombre y la mujer con discapacidad mental; h) El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad mental y de su derecho a preservar su identidad. Estos principios tienen fuerza vinculante, prevaleciendo sobre las demás normas contenidas en esta Ley.»

²⁵ «Artículo 197. Las sanciones a que se refiere el Régimen Tributario Nacional se deberán imponer teniendo en cuenta los siguientes principios: 9. APLICACIÓN DE PRINCIPIOS E INTEGRACIÓN NORMATIVA. En la aplicación del régimen sancionatorio prevalecerán los principios rectores contenidos en la Constitución Política y la ley.»



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

En Colombia aún no se ha desarrollado una teoría de principios acorde al contexto jurídico nacional. Se debe resaltar, con el mayor respeto por esa alta corporación, que la jurisprudencia de la Corte Constitucional no ha sido unánime en torno a la naturaleza y funciones de los principios, lo que ha impedido construir una línea jurisprudencial sobre los mismos. Es así como en las sentencias T-406 de 1992²⁶, C-067 de 2003²⁷, C-126 de 1998²⁸ C-818 de 2005²⁹ acogió una posición fuerte -

²⁶ Así lo da a entender la Corte Constitucional en la reconocida sentencia T-406 de 1992: “El aumento de la complejidad fáctica y jurídica en el Estado contemporáneo ha traído como consecuencia un agotamiento de la capacidad reguladora de los postulados generales y abstractos. En estas circunstancias la ley pierde su tradicional posición predominante y los principios y las decisiones judiciales, antes considerados como secundarios dentro del sistema normativo, adquieren importancia excepcional”. “La Constitución está concebida de tal manera que la parte orgánica de la misma solo adquiere sentido y razón de ser como aplicación y puesta en obra de los principios y de los derechos inscritos en la parte dogmática de la misma. (...). No es posible, entonces, interpretar una institución o un procedimiento previsto por la Constitución por fuera de los contenidos materiales plasmados en los principios y derechos fundamentales.

²⁷ La Corporación definió entonces el bloque de constitucionalidad como aquella unidad jurídica compuesta “por normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional strictu sensu”. Dado el rango constitucional que les confiere la carta, las disposiciones que integran el bloque superior cumplen la cuádruple finalidad que les asigna Bobbio, a saber, servir de i) regla de interpretación respecto de las dudas que puedan suscitarse al momento de su aplicación; ii) la de integrar la normatividad cuando no exista norma directamente aplicable al caso; iii) la de orientar las funciones del operador jurídico, y iv) la de limitar la validez de las regulaciones subordinadas.

²⁸ Los principios constitucionales, a pesar de tener una forma de interpretación y aplicación diversa a las reglas, pues están sujetos a un ejercicio de ponderación, no por ello dejan de ser normas constitucionales, por lo cual deben ser respetados por la ley. Por ende, una disposición legal incompatible con un principio constitucional debe ser declarada inexecutable, en caso de que no admita una interpretación conforme a la Carta. Esta Corporación ha señalado que la fuerza normativa de los principios y valores constitucionales es tan clara que incluso habría que retirar del ordenamiento aquellas disposiciones que vulneran el Preámbulo, ya que éste forma parte de la Carta y “goza de poder vinculante en cuanto sustento del orden que la Carta instaura y, por tanto, toda norma -sea de índole legislativa o de otro nivel- que desconozca o quebrante cualquiera de los fines en él señalados, lesiona la Constitución porque traiciona sus principios”.

²⁹ Los principios como lo reconoce la doctrina están llamados a cumplir en el sistema normativo los siguientes papeles primordiales: (i) Sirven de base y fundamento de todo el ordenamiento jurídico; (ii) actúan como directriz hermenéutica para la aplicación de las reglas jurídicas; y finalmente, (iii) en caso de insuficiencia normativa concreta y específica, se emplean como fuente integradora del derecho. En estos términos, es indiscutible que los principios cumplen una triple función de fundamento, interpretación e integración del orden jurídico. Se reconoce a los principios como fundamento, en la medida en que contribuyen a la organización deontológica de las distintas instituciones que dan soporte a la vida jurídica, esto es, fijan los criterios básicos o pilares estructurales de una determinada situación o relación social que goza de trascendencia o importancia para el derecho. En cuanto a su función como instrumento para la interpretación, esta Corporación ha dicho que los principios se convierten en guías hermenéuticas para descifrar el



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

fuerte; en las sentencias C-083 de 1995³⁰ y C-284 de 2015³¹ adoptó una posición débil y en la sentencia T-079 de 1995³² una posición fuerte - débil. Se debe advertir que la asunción de los principios como normas morales genera en los jueces el temor al prevaricato al momento de su aplicación, a pesar de ser normas jurídicas prevalentes.

contenido normativo de las reglas jurídicas que al momento de su aplicación resulten oscuras, dudosas, imprecisas, indeterminadas o aun contradictorias en relación con otras normas de rango superior, incluyendo dentro de las mismas a los principios de naturaleza constitucional. Finalmente, los principios cumplen una función de integración, ya que asumen el rol de fuente formal del derecho ante la insuficiencia material de la ley para regular todas y cada una de las situaciones que se puedan presentar en el devenir social.

³⁰ En esta sentencia, la Corte Constitucional interpreta la expresión principios generales del derecho del Artículo 230 de la Constitución Política: “6.2.6. Los principios generales extrasistemáticos. Pero ¿a qué alude entonces, es ahora la pregunta pertinente, la expresión principios generales del derecho en el contexto del Artículo 230 de la Carta de 1991?...Se trata entonces de principios que no satisfacen las condiciones de la regla de reconocimiento y, por ende, no hacen parte del ordenamiento pues no son materialmente reductibles a la Constitución. Según expresión afortunada de Carrió “pueden ser llamados principios jurídicos en cuanto se refieren a aquél (el derecho) pero no en cuanto partes de él” y añade: “el uso judicial de ellos puede conferirles, en el mejor de los supuestos, el rango de candidatos a integrar el sistema, una vez que ese uso adquiera consistencia, regularidad y carácter normativo suficientes como para considerar que las pautas aplicadas son normas jurisprudenciales en vigor”, o se incorporen al ordenamiento –agrega la Corte– por disposición del legislador.”

³¹ Pese a la relativa indeterminación de la expresión estudiada, su interpretación se encuentra sometida a varios límites que se desprenden no solo del texto de la Carta sino también de algunos pronunciamientos judiciales de esta Corporación. A continuación se precisan. Los principios generales del derecho se encuentran subordinados a la “ley” y solo constituyen un criterio auxiliar de la actividad judicial. Ello implica que bajo ninguna circunstancia es posible, a la luz del artículo 230 de la Carta, invocar un principio general del derecho con el objeto de derrotar o desplazar una norma jurídica vigente y que se encuentre comprendida por el concepto de “ley”. En adición a lo señalado, apoyarse en los principios generales del derecho no constituye un imperativo en tanto que las autoridades se encuentran autorizadas, también por el artículo 230, para acudir a otros criterios a fin de cumplir la función judicial.

³² “Art. 230.- Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”. El artículo 2º de la Constitución señala como uno de los fines esenciales del Estado: “Garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”. Esos principios corren por todo el cuerpo de la Ley de leyes, integrando, interpretando y criticando aún el mismo ordenamiento constitucional porque sus disposiciones deben ser leídas de acuerdo con esos principios. Sólo así se acata en su integridad la supremacía de la Constitución (art. 4º ibidem). Los principios mínimos fundamentos del trabajo del artículo 53 son vinculantes aun cuando no se haya dictado la ley que lo desarrolla. Es que los valores y principios que se encuentran en la Constitución son obligatorios para el intérprete. Lo anterior implica qué para interpretar una Constitución de principios y valores materiales, como la de 1991 hay que adoptar, de entre los métodos interpretativos, el argumento axiológico -evaluación de valores- para concretar sus cláusulas abiertas. Por supuesto que no hay que confundir los principios constitucionales con los principios generales del derecho. Estos últimos son criterios auxiliares de la actividad jurídica (art 230 C.P.), mientras que los primeros encuentran su sustento en la propia Carta Fundamental.



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

La ausencia de una noción clara acerca de la idea de principios (normas morales o normas jurídicas; normas prevalentes o normas auxiliares), ha dificultado la función jurisdiccional y el derecho de acceso a la recta y eficaz administración de justicia. Por ello es necesario una unificación jurisprudencial que dé cuenta de la naturaleza y funciones de los principios. Ante esa variedad de posiciones, el compromiso que debe asumir la Honorable Corte Constitucional, como guardiana de la primacía e integridad de la Constitución Política, es optar por aquella noción de principios que guarde más coherencia con la filosofía del Estado Constitucional y Social de Derecho colombiano, dirigida a limitar el ejercicio del poder y fortalecer las garantías individuales.

Esa noción es la fuerte- fuerte (normas jurídicas, fundantes y fundamentales, que determinan la validez de las restantes normas del ordenamiento), por las siguientes razones: 1. Los principios, como se indicó, son normas jurídicas, las más importantes del ordenamiento, que condicionan la validez de las restantes normas (argumento ontológico); 2. Los principios sirven de principal razón de la decisión o *ratio decidendi* de las sentencias de las altas cortes (argumento funcional); 3. Los principios prevalecen sobre las restantes normas por mandato del mismo legislador (argumento lógico); y, 4. Los principios son las principales normas jurídicas del Estado social y constitucional que limitan el ejercicio del poder.

En conclusión, la noción de principios que debe asumir la Corte Constitucional en el ejercicio del control de constitucionalidad en el marco del Estado Constitucional y Social de Derecho, es la fuerte-fuerte, entendiendo por ella que los principios son normas jurídicas, fundantes de las demás normas del ordenamiento jurídico, prevalentes y de carácter vinculante o de obligatorio cumplimiento, por lo tanto, cualquier norma jurídica que vaya en contra de un principio jurídico debe ser declarada inexecutable.

4.2. VIOLACIÓN AL PRINCIPIO JURÍDICO DE NO REGRESIVIDAD

4.2.1. Principio de No Regresividad



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

Se debe entender por el Principio de No Regresividad, la prohibición de adoptar normas jurídicas cuya aplicación signifique una disminución o un retroceso en el nivel del goce o ejercicio de un derecho protegido. Es un deber negativo que implica una obligación de no hacer o una abstención. En materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales (DESC), la prohibición de regresividad debe entenderse como una proscripción de aquel tipo de normas y medidas estatales que por debilitar o retraer el nivel de protección otorgado, reinstauran obstáculos de carácter económico y social que limitan la libertad y la igualdad de las personas, impidiendo el pleno desarrollo de la persona humana y su participación en la organización política, económica y social de un país. De esta forma, constituiría afectación de este principio la expedición de alguna medida legislativa tendiente a retrotraer o menoscabar un derecho ya reconocido o desmejorar una situación jurídica favorable al trabajador.

Acerca de la importancia de no dar un paso hacia atrás, en materia de protección de los DESC, resultan pertinentes las palabras de Christian Courtis que en su obra *Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*³³, expresa:

“(...) Desde el punto de vista conceptual, la obligación de no regresividad constituye una limitación que los tratados de derechos humanos pertinentes y, eventualmente, la Constitución imponen sobre los Poderes Legislativo y Ejecutivo a las posibilidades de reglamentación de los derechos económicos, sociales y culturales. La obligación veda al legislador y al titular del poder reglamentario la adopción de reglamentación que derogue o reduzca el nivel de los derechos económicos, sociales y culturales de los que goza la población. Desde la perspectiva del titular del derecho, la obligación constituye una garantía de mantenimiento de los derechos económicos, sociales y culturales de los que goza (...)”

La fundamentación de este principio de no regresividad está unida, de un lado, a la necesidad de superar la noción clásica del Estado de Derecho Liberal, en el que

³³ Courtis, C. (2006). *Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. Editores del Puerto. Buenos Aires. 17.



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

con fundamento en la seguridad jurídica, la protección a la autonomía de la voluntad contractual y a la confianza, solo se protegían los intereses patrimoniales (derecho de propiedad) y la satisfacción de los derechos de carácter social quedaba a la discrecionalidad del Estado que podía modificarlos o revocarlos sin limitación. Cuando surge el Estado Social de Derecho, la protección de estabilidad o seguridad se extiende a los derechos sociales, que en lugar de ser beneficios revocables, se conceden con vocación de estabilidad, a tal punto que se habla de derechos sociales fundamentales. De otro lado, tiene que ver con el contenido material del Estado Social, el cual se traduce en la satisfacción de las necesidades básicas a la luz de la noción de dignidad humana y el desarrollo material y científico de nuestra sociedad.

El Principio de No Regresividad se encuentra consagrado en el artículo 5 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC), que determina:

“(...) Artículo 5 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: 1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de reconocer derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos o libertades reconocidos en el Pacto, o a su limitación en medida mayor que la prevista en él. 2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.” (el énfasis es nuestro)

Por lo tanto, de conformidad con los artículos 53 inciso 4 de la Constitución Política (“*Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna*”) y 93 inc. 1º (“*Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben limitaciones en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno*”), se puede afirmar que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

(aprobado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968), forma parte del Bloque de Constitucionalidad, y con él, el Principio de No Regresividad.

4.2.2. Principio de No Regresividad y su distinción del llamado Principio de Progresividad

Lo antes expuesto exige realizar una distinción entre el Principio de No Regresividad, el cual es de obligatorio cumplimiento, norma prevalente y criterio de validez, de conformidad con la concepción fuerte - fuerte de principios, y el mal llamado “Principio de Progresividad” que representa una directriz (enunciado político) y no tanto un principio, toda vez que su aplicación está condicionada a las posibilidades fácticas y económicas de los Estados, de conformidad con el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales y el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establecen:

“Artículo 2.1. del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). “(...) cada uno de los estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos” (el énfasis es nuestro)

“**Artículo 26.** de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Desarrollo Progresivo. Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados” (el énfasis es nuestro).



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

La distinción entre el Principio de No Regresividad y la directriz de Progresividad es necesaria en tanto que jurisprudencial y doctrinariamente se ha querido derivar el Principio de No Regresividad del Principio de Progresividad, afirmando que éste contiene una doble dimensión: la primera o positiva exige un avance gradual en orden a la satisfacción plena y universal de los derechos tutelados, supone decisiones estratégicas en miras a la preeminencia de unos derechos sobre otros o la postergación en la satisfacción de ciertos derechos por razones sociales, y la segunda o negativa que se cristaliza a través de la prohibición del retorno, o también llamado Principio de No Regresividad.

No obstante esas dos dimensiones, el Principio de No Regresividad debe ser considerado un principio autónomo, independiente de la Directriz de Progresividad, toda vez que aquel tiene una consagración en el artículo 5 del PIDESC y, adicionalmente, al ser un principio jurídico, es prevalente, de aplicación directa y obligatoria; a diferencia de aquella, que es una norma programática cuya ejecución está condicionada a la disponibilidad de los recursos que pueda tener el Estado.

En conclusión, el Principio de No Regresividad, es autónomo e independiente de la “Directriz de Progresividad” y al ser aquel un principio, de acuerdo a la concepción fuerte-fuerte de principios que los asume como normas jurídicas prevalentes, criterios de validez material, debe ser de obligatorio cumplimiento y, en consecuencia, toda norma que viole dicho principio debe ser eliminada del ordenamiento jurídico.

4.2.3. El trabajo, como derecho social fundamental, debe ser objeto de protección a través de un control de constitucionalidad más estricto.

Desde la constitución de la OIT se ha concebido el trabajo en condiciones dignas y decentes como uno de los instrumentos más importantes para lograr la justicia social y base de la paz universal y permanente. Así mismo, en la Constitución



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

Política de Colombia, se encuentra desarrollado como fin³⁴, principio fundamental³⁵, derecho fundamental³⁶ y obligación social.³⁷

(...) de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 25 de la Carta, el trabajo es un derecho y un deber social que goza, de una parte, de un núcleo de protección subjetiva e inmediata que le otorga carácter de fundamental y, de otra, de contenidos de desarrollo progresivo como derecho económico y social.”³⁸

La Corte Constitucional en sentencia C – 593 de 2014, respecto a la protección constitucional al trabajo señaló:

Desde el Preámbulo de la Constitución, se enuncia como uno de los objetivos de la expedición de la Constitución de 1991, el asegurar a las personas la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz. Es decir, el trabajo es un principio fundante del Estado Social de Derecho. Es por ello que desde las primeras decisiones de la Corte Constitucional se ha considerado que “Cuando el Constituyente de 1991 decidió garantizar un orden político, económico y social justo e hizo del trabajo requisito indispensable del Estado, quiso significar con ello que la

³⁴ **PREÁMBULO**

El pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente:

³⁵ **ARTICULO 1o.** *Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.*

³⁶ *Reconocido como tal por la Corte Constitucional en la sentencia C-038 de 2004....” pero en otros puntos deba ser más estricto y riguroso, puesto que se examinan unas medidas que disminuyen la protección de un derecho social fundamental, como el derecho al trabajo”Subrayas extratexto.*

³⁷ **ARTICULO 25.** *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.*

³⁸ Corte Constitucional. Sentencia C 593 de 2014. 3.4.2.



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

materia laboral, en sus diversas manifestaciones, no puede estar ausente en la construcción de la nueva legalidad”. Lo anterior implica entonces que dentro de la nueva concepción del Estado como Social de Derecho, debe entenderse la consagración constitucional del trabajo no sólo como factor básico de la organización social sino como principio axiológico de la Carta. El artículo 25 de la Constitución Política dispone que “El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado.

La propia Constitución Política prohíbe la regresión en derechos sociales fundamentales (Art. 215).

(...) El Gobierno no podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores mediante los decretos contemplados en este artículo.

En igual sentido, existe la prohibición de regresión en derechos sociales fundamentales en el PIDESC:

***“(...) Artículo 5 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: 1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de reconocer derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos o libertades reconocidos en el Pacto, o a su limitación en medida mayor que la prevista en él. 2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.”* (el énfasis es nuestro)**

En esa medida, no es posible desmejorar los derechos sociales fundamentales de los trabajadores:



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

(...) el legislador tiene un amplio margen de libertad de configuración normativa, siempre y cuando respete los límites previstos directamente en la Constitución.³⁹

Es clara entonces la importancia que se ha reconocido al trabajo como derecho social fundamental, tanto en nuestra Constitución Política como en tratados internacionales sobre derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad al igual que la jurisprudencia de la Corte Constitucional; razones suficientes estas para determinar que la afectación del derecho al trabajo requiere un control constitucional más estricto que permita concluir que la afectación de un derecho laboral es la única medida posible para alcanzar un fin constitucionalmente válido, sin olvidar que la libertad de configuración del legislador debe respetar los límites constitucionales, en este caso concreto, el Art 215 de la Constitución Política y el Art. 5 del PIDESC. Si se infringen estos límites, las normas demandadas necesariamente devienen en inconstitucionales.

4.2.4. La potestad de configuración del legislador frente a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales Fundamentales no es ilimitada, tratándose de normas regresivas se presumen inconstitucionales y el control de constitucionalidad debe ser más severo.

El artículo 150-2 de la Constitución Política consagra una cláusula general de competencia a favor del órgano legislativo para que, en representación del pueblo, ejerza su libertad de configuración normativa de carácter general, abstracta e impersonal. Tal potestad le permite, a partir de consideraciones políticas, de conveniencia y de oportunidad, desarrollar la Constitución Política en los términos de su propia competencia. No obstante, como lo ha reconocido reiteradamente la jurisprudencia constitucional, dicha libertad de configuración del legislador encuentra ciertos límites indiscutibles en la propia Constitución, los que le exigen actuar de conformidad con los parámetros que ella misma establece. Es decir, se trata de una potestad suficientemente amplia, pero no por ello ilimitada y absoluta, en el sentido que le corresponde al Congreso, al expedir la ley, respetar los

³⁹ *Ibidem.* 3.4.4.



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

principios constitucionales, los principios jurídicos entendidos como normas jurídicas prevalentes, criterios de validez material, y las normas superiores que describen y delimitan los rasgos fundamentales del Estado Social de Derecho.

La libertad configurativa o potestad de configuración a favor del legislador, no puede ser arbitraria ni absoluta, como se mencionó anteriormente, debe ceñirse a los límites que se establecen en la Carta Política y cumplir con varios aspectos señalados en la sentencia C-203 de 2011: “*i) que atienda los principios y fines del Estado tales como la justicia y la igualdad entre otros; ii) que vele por la vigencia de los derechos fundamentales de los ciudadanos que en el caso procesal (...) puede implicar derechos como el debido proceso, defensa y acceso a la administración de justicia (artículos 13, 29 y 229 C.P.); iii) que obre conforme a los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la definición de las formas y iv) que permita la realización material de los derechos y del principio de la primacía del derecho sustancial sobre las formas (artículo 228 C.P.)”⁴⁰ (énfasis ajeno al texto)*

También ha expresado la Corte Constitucional, que cuando se trata de regular aspectos relacionados con la restricción de los derechos y garantías públicas, la libertad configurativa del legislador se desenvuelve dentro de límites más estrechos que cuando aquella se encamina a regular materias relacionadas con otros tópicos, como ocurre con el diseño de la política macroeconómica del Estado. En este sentido, señaló en sentencia C-1176 de 2001:

“(...) Es sabido que, conforme lo establece el artículo 150 de la Constitución Política, al legislador le corresponde hacer las leyes y, por medio de ellas, regular los diferentes aspectos de la convivencia social. No obstante que la potestad de configuración del legislador es, en principio, de una gran amplitud, resulta claro que en ejercicio de dicho privilegio aquél debe respetar los principios constitucionales y las normas superiores que describen y delimitan los rasgos fundamentales del Estado Social de Derecho.

⁴⁰ Corte Constitucional. Sentencia C 203 de 2011. 10.



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

“En este contexto, resulta imperioso para el juez constitucional, cuando de la revisión de una norma de rango legal se trata, analizar las disposiciones acusadas a la luz del respeto por los principios constitucionales enunciados y determinar si en ejercicio de su libre potestad de configuración, el legislador ha transgredido o ha respetado esos límites.

“De otro lado, además de que la libertad de configuración del legislador no es absoluta y tiene como medida los principios democráticos de la Constitución, aquella no se despliega con igual intensidad en todos los aspectos de la realidad jurídica. La Corte Constitucional ha dicho en su jurisprudencia que cuando se trata de regular aspectos relacionados con la restricción de los derechos y garantías públicas⁴¹, la libertad configurativa del legislador se desenvuelve dentro de límites más estrechos que cuando aquella se encamina a regular materias relacionadas con otros tópicos, v. gr., el diseño de la política macroeconómica del Estado.

“En relación con esta libertad fluctuante del principio de configuración legislativa, dijo la Corte en reciente jurisprudencia:

“El principio democrático implica entonces que el Legislador, como expresión de las distintas mayorías históricas, goza de libertad política para decidir múltiples asuntos. Pero igualmente es claro que el Congreso no es un órgano soberano y se encuentra sometido a la Carta, por lo cual su libertad política no es total. Ahora bien, en determinadas materias, como puede ser la definición de los hechos gravables, la Carta atribuye una amplísima discrecionalidad al Legislador, mientras que en otros campos, la Constitución restringe considerablemente el margen de actuación de los órganos políticos, o incluso les prohíbe expedir determinadas regulaciones. Por ejemplo, en materia laboral, el Legislador se encuentra considerablemente limitado pues el artículo 53 superior incorpora ciertos principios mínimos que obligatoriamente deben ser tenidos en cuenta por el

⁴¹ Corte Constitucional. Sentencia C 112 de 2000. Sentencia C 093 de 2001. Sentencia C 204 de 2001.



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

Congreso al regular la materia. Esto significa que, según los ámbitos de regulación, la discrecionalidad política del Legislador es distinta, de suerte que goza de distintos grados de libertad de configuración. En ciertas materias, ésta es muy amplia, pero en otros eventos, esa discrecionalidad se encuentra muy restringida.” (Sentencia C 093 de 2001)

Es necesario resaltar que cuando se trata de la regulación de derechos Económicos Sociales y Culturales, la facultad configurativa a favor del Congreso de la República es amplia, pero ésta se ve restringida cuando se ejerce en relación a los llamados Derechos Sociales Fundamentales, derechos estos en los que el control de constitucionalidad debe ser más estricto o riguroso que frente a aquellos. Así lo estableció la Corte Constitucional en la sentencia C-671 de 2002 al exponer:

“ (...) la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve menguada, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado debe presumirse en principio inconstitucional, y por ello está sometido a un control judicial estricto. Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social prestacional”⁴² (subrayado ajeno al texto)

Esa posición se reitera en la sentencia C-038 de 2004, al señalar:

“El análisis de proporcionalidad en este caso debe ser en ciertos aspectos flexible y deferente con el Congreso, (por tratarse de un asunto económico en donde la libertad del Legislador es amplia), pero en otros puntos deba ser más estricto y riguroso, puesto que se examinan unas medidas que disminuyen la protección de un derecho social fundamental, como el derecho al trabajo.

⁴² Corte Constitucional. Sentencia C 671 de 2002. 13, 14.



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

“Sin embargo, como se trata del examen de una medida que disminuye la protección de un derecho social, la Corte debe verificar más rigurosamente que las medidas sean proporcionadas, en cuanto a los objetivos perseguidos, al cuidado de los propios debates democráticos y a los sacrificios eventualmente impuestos a los trabajadores. (...)”⁴³
(subrayado fuera del texto)

Adicionalmente, el Principio de No Regresividad –distinto al deber político de progresividad-, como principio jurídico prevalente, criterio de validez y límite a la potestad de configuración del legislador, implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de Derechos Sociales Fundamentales, como lo es el Derecho al Trabajo en condiciones dignas y justas, se ve restringida, pues todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado es constitucionalmente problemático puesto que precisamente contradice el mandato de No Regresividad.

La prohibición de los retrocesos no puede ser absoluta, es una prohibición prima facie, esto significa que un retroceso se debe presumir inconstitucional, pero puede ser justificable si las autoridades demuestran que existe un fin constitucional y que las medidas regresivas tomadas son adecuadas, necesarias y proporcionadas.

En conclusión, en materia de los Derechos Sociales Fundamentales, como el derecho al trabajo, la facultad configurativa del Congreso es más restringida y el control de constitucionalidad debe ser más estricto y riguroso de conformidad con el Principio de No Regresividad.

4.3. VULNERACIÓN AL PRINCIPIO JURÍDICO DE PROPORCIONALIDAD.

⁴³ Corte Constitucional. Sentencia C-038 de 2004. 27.



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

4.3.1. Análisis de la razonabilidad a través del estudio del test de proporcionalidad.

Respecto al Test de Razonabilidad y Test de Proporcionalidad, la Corte Constitucional se pronunció mediante la sentencia C-1176 de 2001, en el siguiente sentido:

“Ahora bien, en desarrollo de los juicios de inconstitucionalidad adelantados ante la Corte, esta Corporación ha venido utilizando un sistema de verificación que permite determinar la adecuación de las normas legales a las reglas y principios insertos en la Carta Política, a fin de decidir si en cada caso particular, la restricción a los derechos y garantías públicas se ajusta o no a ellos. El test de razonabilidad es el mecanismo aplicado para ese propósito.⁴⁴

“La jurisprudencia de esta Corporación ha establecido con claridad, cuáles son las etapas de análisis que constituyen dicho test.⁴⁵ La primera de ellas es un supuesto elemental: debe ser posible deducir del texto de la norma estudiada, un trato diferenciado respecto de situaciones diferentes. El objetivo del test es determinar si el trato diferencial se justifica en términos constitucionales.

El segundo estadio del análisis constitucional consiste en identificar si el fin perseguido por la norma es un fin objetivo y legítimo a la luz de la Constitución Política, y el tercero consiste en develar la proporcionalidad de dicho fin. En este punto, la Corte considera necesario resaltar que la proporcionalidad de la medida es la relación que existe entre los medios y el fin, esto es, la racionalidad de la medida que se analiza.⁴⁶

⁴⁴ Corte Constitucional. Sentencia T 230 de 1994.

⁴⁵ Corte Constitucional. Sentencia C 022 de 1996.

⁴⁶ Es importante anotar, que si bien el test exige que el intérprete evalúe la necesidad del medio para el logro del fin perseguido, esta facultad no puede entenderse como una exclusión de la potestad plena del legislador para elegir entre diferentes alternativas las que, a su juicio, mejor satisfagan el fin propuesto. En otras palabras, si los medios utilizados son adecuados y proporcionados, el legislador podrá escoger el que estime más conveniente, sin necesidad de probar que la medida



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

*La necesidad de que exista proporcionalidad entre los medios y los fines perseguidos por la norma ha sido también resaltada por la jurisprudencia, la cual propone tres pasos para resolverlo: así entonces, a) los medios escogidos deben ser adecuados para la consecución del fin perseguido; b) los medios empleados deben ser necesarios para la consecución de ese fin y, c) los medios empleados deben guardar proporción con los fines perseguidos, esto es, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionales más importantes. (...)*⁴⁷

Así mismo, la Corte Constitucional en su sentencia T-555 de 2011 expresó:

“El concepto de proporcionalidad sirve como punto de apoyo a la ponderación entre principios constitucionales: cuando en la solución de un caso particular, dos o más derechos entran en colisión, porque la aplicación plena de uno de ellos conduce a la reducción significativa del campo de aplicación de otro u otros, corresponde al juez constitucional determinar hasta dónde tal reducción se justifica a la luz de la importancia del principio o derecho afectado para el ordenamiento jurídico, en su conjunto”.

De lo expuesto se puede concluir, que cuando entran en colisión dos principios jurídicos, es necesario realizar dos tipos de test, uno de razonabilidad y uno de proporcionalidad, así:

El test de razonabilidad que tiene tres etapas:

- a) La existencia de un trato diferenciado
- b) La existencia de un fin objetivo y legítimo a la luz de la Constitución.
- c) La proporcionalidad del fin (relación medios - fines).

elegida es la única disponible para alcanzar su objetivo”. Corte Constitucional. Sentencia C 337 de 1997.

⁴⁷ Corte Constitucional. Sentencia C 1176 de 2001. 7.



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

Test de Proporcionalidad (en relación con el último punto) que a su vez tiene tres requisitos:

- a) La medida debe ser idónea, es decir, adecuada para alcanzar el fin
- b) La medida debe ser necesaria, es decir, no puede existir otro medio que sea menos oneroso o lesivo de derechos, para alcanzar dicho fin.
- c) La medida debe ser proporcionada, es decir, que la medida adoptada no sacrifique principios que tengan un mayor peso que el principio que se quiere satisfacer mediante dicha medida.

No obstante lo anterior, se advierte que en la presente acción sólo se aplica el test de proporcionalidad, mas no el de razonabilidad, en atención a que éste se concreta en aquel.

4.3.2. Test de Proporcionalidad realizado en las sentencias C-038 de 2004 y C-257 de 2008

Respecto a los requisitos de idoneidad y necesidad de las medidas, la Corte Constitucional en la sentencia C-038 de 2004 se basó en razones teóricas y empíricas expuestas en la exposición de motivos y en las ponencias, que coincidían en la justificación de la reforma laboral:

“Un componente importante del desempleo está ligado a la rigidez del mercado laboral colombiano, que impiden un ajuste flexible entre la oferta y demanda de trabajo”⁴⁸

La propia Corte Constitucional aceptó como única justificación de la medida las razones consignadas en la exposición de motivos y las ponencias, sin que se exigiera el cumplimiento de la carga probatoria a cargo del legislador y el ejecutivo acerca de la necesidad de las medidas. De hecho, en sentencia posterior (C-257 de 2008) se reconoció que no existían estudios concluyentes sobre las causas del desempleo y en

⁴⁸ Corte Constitucional Sentencia C-038 de 2004. 33.



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

relación a la disminución del mismo a causa de la entrada en vigencia de la Ley 789 de 2002⁴⁹.

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

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

Ni el ejecutivo ni el legislativo asumieron con suficiencia la carga probatoria que justificara la reducción de los derechos de los trabajadores. Fue la misma Corte Constitucional la que señaló que los medios eran idóneos y necesarios porque la ampliación de la jornada diurna permitía que ciertos sectores de la economía como las empresas comerciales y de servicios disminuyeran sus costos para estimular una mayor ocupación laboral en dichos sectores, pues al hacer más flexible la contratación serían más competitivas en el mercado.

También hizo un análisis en cuanto a la reducción en el monto de las indemnizaciones por despido injusto en los contratos a término indefinido, ya que con ello se buscaba disminuir los riesgos de los empresarios para contratar nuevas personas, facilitaba la adaptación de las empresas a los cambios económicos, incentivando con ello la generación de empleo; y en cuanto al contrato de aprendizaje, se hizo énfasis en que el cambio de naturaleza en el mismo ayuda a generar posibilidades de ocupación,

⁴⁹ Corte Constitucional Sentencia C-257 de 2008. VI. 3. p. 32



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

formación y experiencia en la población más joven, que tenía mayores índices de desempleo.

Así pues, concluyó la Corte Constitucional que:

“Todas estas medidas estaban previstas, en su diseño básico, desde la presentación del proyecto y fueron justificadas no sólo por la exposición de motivos sino por las ponencias en los distintos debates. Incluso el Gobierno, en la exposición de motivos, cuantificó la contribución de esas medidas al aumento del empleo, basándose para ello en estudios técnicos de la Dirección Social del Departamento Nacional de Planeación. Según ese análisis econométrico, la reducción de los recargos por trabajo nocturno y en 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.”⁵⁰

“(…)

“36- Las anteriores consideraciones muestran que en los debates legislativos hubo una clara justificación de las medidas adoptadas, como instrumentos que eran considerados necesarios para combatir el desempleo. Como es obvio, existen perspectivas discrepantes que cuestionan la adecuación de esas políticas, como lo muestran no sólo las ponencias minoritarias en las cámaras sino también varios estudios académicos que se apartan de los diagnósticos y estrategias que sustentaron la reforma laboral. Por ejemplo, según la ponencia minoritaria, la reforma se traduce en una erosión de la calidad de las condiciones de trabajo, pues reduce el salario y la estabilidad de los empleados, que beneficiará al gran capital, pero no se traducirá en un incremento considerable del empleo, pues el desempleo responde a otras razones, como el modelo económico adoptado desde 1990, y no al exceso de garantías de los trabajadores⁵¹. Por su parte, un estudio de la Contraloría General concluye que la reforma crearía muchos menos empleos (200.000 en vez de 600.000) y que

⁵⁰ Gaceta del Congreso N° 350 de 2002. 25.

⁵¹ Gaceta del Congreso. N° 471 del 6 de noviembre de 2002.



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

éstos serían mucho más precarios, en términos de ingresos y de calidad y estabilidad del trabajo”⁵².

En relación con lo anterior, si bien la Corte Constitucional acepta que existen estudios y posiciones encontradas, concluyó que:

“(…) Sin embargo, conforme a los criterios desarrollados anteriormente, el juez constitucional debe ser deferente con la decisión adoptada en el proceso legislativo, pues éste cuenta con la legitimidad de ser la opción del órgano de representación popular, y por ello la Corte concluye que la justificación de la adecuación y necesidad de las medidas, en abstracto, aparece suficiente.

“(…)

“38- Ahora bien, dada la magnitud del desempleo, el subempleo y la informalidad en Colombia, los logros anteriores, sin ser deleznable, son todavía modestos.

Además, no es fácil ni claro atribuir esos resultados a la reforma laboral, pues otros factores han influido en la relativa recuperación de la economía y del empleo, como lo explican muchos analistas. (subrayado por fuera del texto)

Así mismo, respecto al requisito de la proporcionalidad, la Corte Constitucional en la sentencia C-038 de 2004 manifestó que si bien existía reducción en los derechos, se respetaban los mínimos constitucionales. Señaló:

“48- Conforme a lo anterior, la Corte concluye que los artículos 25, 26, 28, 30 y 51 de la Carta son proporcionados y respetan los principios mínimos del trabajo establecidos en la Carta y en los tratados de derechos humanos que integran el bloque de constitucionalidad, por lo que esas disposiciones serán declaradas exequibles”.

En la sentencia C-257 de 2008 la Corte Constitucional resolvió estarse a lo resuelto en la sentencia C-038 de 2004, al considerar que existía cosa juzgada relativa, porque

⁵²Adriana Rodríguez et al. *Reforma laboral: cuentas laxas, empleos precarios y menores ingresos*. En: *Economía Colombiana*. Febrero 2003. 62 y ss.



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

no se “(...) *logró demostrar la existencia de un contexto diferente o la existencia de nuevas razones significativas que justificara proceder a un nuevo examen de constitucionalidad sobre las medidas legales ya objeto pronunciamiento en la sentencia C-038 de 2004. El simple transcurso del tiempo y la generación de efectos diferenciados dada la diversidad de estudios no justifican por si solos apartarse de la cosa juzgada constitucional en aras de salvaguardar importantes intereses constitucionales como la seguridad jurídica y la confianza legítima de los administrados.*”

4.3.3. Test de Proporcionalidad frente a los enunciados demandados.

El Congreso de la República, mediante la Ley 789 de 2002, subrogó algunos puntos de la legislación laboral. Mediante el artículo 25, modificó la definición de trabajo diurno y trabajo nocturno, pues estableció que el trabajo nocturno comenzaría a partir de las veintidós horas y no de las dieciocho horas, afectando la liquidación de la remuneración adicional por trabajo nocturno (recargo nocturno); el artículo 26, redujo los recargos para el trabajo durante festivos y dominicales de un cien por ciento (100%) a un setenta y cinco por ciento (75%); el artículo 28, estableció una indemnización por terminación del contrato de trabajo unilateral por parte del empleador sin justa causa, menor a la que existía y diferenciando entre los que ganan igual o menos de 10 SMLMV y más; además, mediante los artículos 30 y 31 modificó la naturaleza del contrato de aprendizaje, dejó de ser un contrato de trabajo y pasó a ser un contrato especial, regido también por el Código Sustantivo del Trabajo, con un impacto negativo en los ingresos salariales y prestacionales de los aprendices y en la imposibilidad de negociar colectivamente los mismos.

Se puede afirmar que todas esas medidas son regresivas a partir de una comparación entre la actual normatividad laboral (Ley 789 de 2002 y Ley 1846 de 2017) y la anterior:

NORMATIVIDAD ANTERIOR	LEY 789 DE 2002	¿POR QUÉ LA LEY 789 DE 2002 ES REGRESIVA?
Artículo 160 del Código Sustantivo del Trabajo.	<u>Artículo 25. Trabajo ordinario y nocturno. El</u>	Modificó la definición de trabajo diurno y



CENTRO COLOMBIANO
DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

NORMATIVIDAD ANTERIOR	LEY 789 DE 2002	¿POR QUÉ LA LEY 789 DE 2002 ES REGRESIVA?
<p>Trabajo diurno y nocturno.</p> <p>1. Trabajo diurno es el comprendido entre las seis horas (6 a.m.) y las dieciocho (6 p.m.).</p> <p>2. Trabajo nocturno es el comprendido entre las dieciocho horas (6 p.m.) y las seis (6 a.m.).</p>	<p><u>artículo 160 del Código Sustantivo del Trabajo quedará así:</u></p> <p><u>Artículo 160. Trabajo ordinario y nocturno:</u></p> <p><u>1. Trabajo ordinario es el que se realiza entre las seis horas (6:00 a.m.) y las veintidós horas (10:00 p.m.).</u></p> <p><u>2. Trabajo nocturno es el comprendido entre las veintidós horas (10:00 p.m.) y las seis horas (6:00 a.m.).</u></p>	<p>trabajo nocturno, pues estableció que el trabajo nocturno comenzaría a partir de las veintidós horas y no de las dieciocho horas, afectando la liquidación de la remuneración adicional por trabajo nocturno (recargo nocturno)</p>
<p>Artículo 29 de la Ley 50 de 1990. El artículo 179 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 12 del Decreto-ley 2351 de 1965, quedará así: Artículo 179. Remuneración.</p> <p>1. El trabajo en domingo o días de fiesta se remunera con un recargo del ciento por ciento (100%) sobre el salario ordinario en proporción a las horas laboradas, sin perjuicio del salario ordinario a que tenga derecho el trabajador por haber laborado la semana completa.</p> <p>2. Si con el domingo coincide otro día de descanso remunerado sólo tendrá derecho el trabajador, si trabaja, al</p>	<p>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:</p> <p>1. El trabajo en domingo y festivos se remunerará con un <u>recargo del setenta y cinco por ciento (75%)</u> sobre el salario ordinario en proporción a las horas laboradas.</p> <p>2. Si con el domingo coincide otro día de descanso remunerado solo tendrá derecho el trabajador, si trabaja, <u>al</u></p>	<p>Redujo los recargos para el trabajo durante festivos y dominicales de un cien por ciento (100%) a un setenta y cinco por ciento (75%)</p>



CENTRO COLOMBIANO
DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

NORMATIVIDAD ANTERIOR	LEY 789 DE 2002	¿POR QUÉ LA LEY 789 DE 2002 ES REGRESIVA?
<p>recargo establecido en el numeral anterior.</p> <p>3. Se exceptúa el caso de la jornada de treinta y seis (36) horas semanales prevista en el artículo 20 literal c) de esta ley.</p>	<p><u>recargo establecido en el numeral anterior.</u></p> <p>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.</p> <p>PARÁGRAFO 1o. El trabajador podrá convenir con el empleador su día de descanso obligatorio el día sábado o domingo, que será reconocido en todos sus aspectos como descanso dominical obligatorio institucionalizado.</p> <p>Interprétese la expresión dominical contenida en el régimen laboral en este sentido exclusivamente para el efecto del descanso obligatorio.</p> <p><u>Las disposiciones contenidas en los artículos 25 y 26 se aplazarán en su aplicación frente a los contratos celebrados antes de la vigencia de la presente ley hasta el 1o. de abril del año 2003.</u></p> <p>PARÁGRAFO 2o. Se entiende que el trabajo dominical es ocasional cuando el trabajador labora hasta dos domingos durante el mes calendario. Se</p>	



CENTRO COLOMBIANO
DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

NORMATIVIDAD ANTERIOR	LEY 789 DE 2002	¿POR QUÉ LA LEY 789 DE 2002 ES REGRESIVA?
	entiende que el trabajo dominical es habitual cuando el trabajador labore tres o más domingos durante el mes calendario.	
<p>Artículo 6 de la Ley 50 de 1990. El artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 8o del Decreto-ley 2351 de 1965 quedará así:</p> <p>Artículo 64. Terminación unilateral del contrato sin justa causa.</p> <p>1. En todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable. Esta indemnización comprende el lucro cesante y el daño emergente.</p> <p>2. En caso de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa comprobada, por parte del empleador o si éste da lugar a la terminación unilateral por parte del trabajador por alguna de las justas causas contempladas en la ley, el primero deberá al segundo una indemnización en los</p>	<p>Artículo 28. Terminación del contrato de trabajo sin justa causa. El artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 6o. de la Ley 50 de 1990, quedará así: "Artículo 64. Terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa.</p> <p>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.</p> <p>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:</p>	<p>Estableció una indemnización por terminación del contrato de trabajo unilateral por parte del empleador sin justa causa, menor a la que existía y diferenciando entre los que ganan igual o menos de 10 SMLMV y más</p>



CENTRO COLOMBIANO
DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

NORMATIVIDAD ANTERIOR	LEY 789 DE 2002	¿POR QUÉ LA LEY 789 DE 2002 ES REGRESIVA?
<p>términos que a continuación se señalan.</p> <p>3. En los contratos a término fijo, el valor de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplir el plazo estipulado del contrato; o el del lapso determinado por la duración de la obra o la labor contratada, caso en el cual la indemnización no será inferior a quince (15) días.</p> <p>4. En los contratos a término indefinido, la indemnización se pagará así:</p> <p>a) Cuarenta y cinco (45) días de salario cuando el trabajador tuviere un tiempo de servicio no mayor de un (1) año;</p> <p>b) Si el trabajador tuviere más de un (1) año de servicio continuo y menos de cinco (5), se le pagarán quince (15) días adicionales de salario sobre los cuarenta y cinco (45) básicos del literal a), por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero, y proporcionalmente por fracción;</p> <p>c) Si el trabajador tuviere cinco (5) años o más de servicio continuo y menos</p>	<p>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.</p> <p>En los contratos a término indefinido la indemnización se pagará así:</p> <p><u>a) Para trabajadores que devenguen un salario inferior a diez (10) salarios mínimos mensuales legales:</u></p> <p><u>1. Treinta (30) días de salario cuando el trabajador tuviere un tiempo de servicio no mayor de un (1) año.</u></p> <p><u>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;</u></p> <p><u>b) Para trabajadores que devenguen un salario igual o superior a diez (10), salarios mínimos legales mensuales.</u></p> <p><u>1. Veinte (20) días de salario cuando el trabajador tuviere</u></p>	



CENTRO COLOMBIANO
DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

NORMATIVIDAD ANTERIOR	LEY 789 DE 2002	¿POR QUÉ LA LEY 789 DE 2002 ES REGRESIVA?
<p>de diez (10), se le pagarán veinte (20) días adicionales de salario sobre los cuarenta y cinco (45) básicos del literal a), por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero, y proporcionalmente por fracción; y</p> <p>d) Si el trabajador tuviere diez (10) o más años de servicio continuo se le pagarán cuarenta (40) días adicionales de salario sobre los cuarenta y cinco (45) días básicos del literal a), por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero, y proporcionalmente por fracción.</p> <p>Parágrafo transitorio. Los trabajadores que al momento de entrar en vigencia la presente ley tuvieren diez (10) o más años al servicio continuo del empleador, seguirán amparados por el ordinal 5o del artículo 8 del Decreto-ley 2351 de 1965, salvo que el trabajador manifieste su voluntad de acogerse al nuevo régimen.</p> <p>5. Si es el trabajador quien da por terminado intempestivamente el</p>	<p><u>un tiempo de servicio no mayor de un (1) año.</u></p> <p><u>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.</u></p> <p>Parágrafo transitorio. Los trabajadores que al momento de entrar en vigencia la presente ley, tuvieren diez (10) o más años al servicio continuo del empleador, se les aplicará la tabla de indemnización establecida en los literales b), c) y d) del artículo 6o. de la Ley 50 de 1990, exceptuando el parágrafo transitorio, el cual se aplica únicamente para los trabajadores que tenían diez (10) o más años el primero de enero de 1991.</p>	



CENTRO COLOMBIANO
DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

NORMATIVIDAD ANTERIOR	LEY 789 DE 2002	¿POR QUÉ LA LEY 789 DE 2002 ES REGRESIVA?
<p>contrato, sin justa causa comprobada, deberá pagar al empleador una indemnización equivalente a treinta (30) días de salario. El empleador podrá descontar el monto de esta indemnización de lo que le adeude al trabajador por prestaciones sociales. En caso de efectuar el descuento depositará ante el juez el valor correspondiente mientras la justicia decida.</p> <p>6. No habrá lugar a las indemnizaciones previstas en este artículo, si las partes acuerdan restablecer el contrato de trabajo en los mismos términos y condiciones que lo regían en la fecha de su ruptura.</p>		
<p>Artículos 81 y 87 de la Ley 188 de 1959: ART. 81. Definición. Contrato de aprendizaje es aquel por el cual un empleado se obliga a prestar servicio a un empleador, a cambio de que éste le proporcione los medios para adquirir formación profesional metódica y completa del arte u oficio para cuyo desempeño ha sido contratado, por un tiempo</p>	<p>Artículo 30. Naturaleza y características de la relación de aprendizaje. (deroga tácitamente el artículo 81 de la ley 188 de 1959) El contrato de aprendizaje es <u>una forma especial dentro del Derecho Laboral</u>, 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</p>	<p>Modificó la naturaleza del contrato de aprendizaje, dejó de ser un contrato de trabajo y pasó a ser un contrato especial, regido también por el Código Sustantivo del Trabajo, con un impacto negativo en los ingresos salariales y prestaciones de los aprendices y en la imposibilidad de</p>



CENTRO COLOMBIANO
DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

NORMATIVIDAD ANTERIOR	LEY 789 DE 2002	¿POR QUÉ LA LEY 789 DE 2002 ES REGRESIVA?
<p>determinado, y le pague el salario convenido.</p> <p>ARTICULO 87. Duración. 1. El contrato de aprendizaje no puede exceder de tres años de enseñanza y trabajo, alternados en períodos sucesivos e iguales, para ningún arte u oficio, y sólo podrá pactarse por el término no previsto para cada uno de ellos en las relaciones de oficios que serán publicados por el Ministerio del Trabajo.</p>	<p>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 <u>reciba un apoyo de sostenimiento mensual, el cual en ningún caso constituye salario.</u> 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) <u>El apoyo del sostenimiento mensual tiene como fin garantizar el proceso de aprendizaje.</u></p> <p><u>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)</u></p>	<p>negociar colectivamente los mismos.</p>



CENTRO COLOMBIANO
DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

NORMATIVIDAD ANTERIOR	LEY 789 DE 2002	¿POR QUÉ LA LEY 789 DE 2002 ES REGRESIVA?
	<p><u>salario mínimo mensual vigente.</u></p> <p><u>El apoyo del sostenimiento durante la fase práctica será equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) de un salario mínimo mensual legal vigente.</u></p> <p><u>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.</u></p> <p><u>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.</u></p> <p><u>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.</u></p> <p>Durante la fase práctica el aprendiz estará afiliado en riesgos profesionales por la ARP que cubre la empresa. En materia de salud, durante</p>	



CENTRO COLOMBIANO
DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

NORMATIVIDAD ANTERIOR	LEY 789 DE 2002	¿POR QUÉ LA LEY 789 DE 2002 ES REGRESIVA?
	<p>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.</p> <p>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.</p> <p>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 pènsu 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.</p>	



CENTRO COLOMBIANO
DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

NORMATIVIDAD ANTERIOR	LEY 789 DE 2002	¿POR QUÉ LA LEY 789 DE 2002 ES REGRESIVA?
	<p>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.</p> <p>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.</p>	
	<p>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:</p> <p>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,</p>	



CENTRO COLOMBIANO
DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

NORMATIVIDAD ANTERIOR	LEY 789 DE 2002	¿POR QUÉ LA LEY 789 DE 2002 ES REGRESIVA?
	<p>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;</p> <p>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;</p> <p>c) El aprendiz alumno matriculado en los cursos dictados por Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, de acuerdo con el artículo 5o. del Decreto 2838 de 1960;</p> <p>d) El aprendiz de capacitación de nivel semicalificado. Se entiende como nivel de capacitación semicalificado, la capacitación teórica y</p>	



CENTRO COLOMBIANO
DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

NORMATIVIDAD ANTERIOR	LEY 789 DE 2002	¿POR QUÉ LA LEY 789 DE 2002 ES REGRESIVA?
	<p>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.</p> <p><u>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.</u></p>	
<p>Artículo 20 de la Ley 50 de 1990. Duración. La duración máxima legal de la jornada ordinaria de trabajo es de ocho (8) horas al día y cuarenta y ocho (48) a la semana, salvo las siguientes excepciones: a); b) La duración máxima legal de</p>	<p>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).</p>	<p>En concordancia con el artículo 25 de la Ley 789 de 2002.</p>



CENTRO COLOMBIANO
DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

NORMATIVIDAD ANTERIOR	LEY 789 DE 2002	¿POR QUÉ LA LEY 789 DE 2002 ES REGRESIVA?
<p>la jornada de trabajo del menor se sujetará a las siguientes reglas:; c) En las empresa, factorías o nuevas actividades que se establezcan a partir de la vigencia de esta ley, el empleador y los trabajadores pueden acordar temporal o indefinidamente la organización de turnos de trabajos 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.</p> <p>En este caso no habrá lugar al recargo nocturno ni al previsto para el trabajo dominical o festivo, pero el trabajador devengará el salario correspondiente a la jornada ordinaria de trabajo, respetando siempre el mínimo legal o convencional y tendrá derecho a un día de descanso remunerado.</p>	<p>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;</p> <p>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 <u>dentro de la</u></p>	



CENTRO COLOMBIANO
DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

NORMATIVIDAD ANTERIOR	LEY 789 DE 2002	¿POR QUÉ LA LEY 789 DE 2002 ES REGRESIVA?
	<u>jornada ordinaria de 6 a.m. a 10 p.m.</u>	

NORMATIVIDAD ANTERIOR A LA LEY 789 DE 2002	LEY 1846 DE 2017	¿POR QUÉ LA LEY 1846 DE 2017 ES REGRESIVA?
<p>Artículo 160 del Código Sustantivo del Trabajo.</p> <p>Trabajo diurno y nocturno.</p> <p>1. Trabajo diurno es el comprendido entre las seis horas (6 a.m.) y las dieciocho (6 p.m.).</p> <p>2. Trabajo nocturno es el comprendido entre las dieciocho horas (6 p.m.) y las seis (6 a.m.).</p>	<p>Artículo 1º. El artículo 160 del Código Sustantivo del Trabajo quedará así:</p> <p>Artículo 160. Trabajo ordinario y nocturno.</p> <p><u>1. Trabajo ordinario es el que se realiza entre las seis horas (6:00 a.m.) y las veintiún horas (9:00 p.m.).</u></p> <p><u>2. Trabajo nocturno es el comprendido entre las veintiún horas (9:00 p.m.) y las seis horas (6:00 a.m.).</u></p>	<p>Modificó la definición de trabajo diurno y trabajo nocturno, pues estableció que el trabajo nocturno comenzaría a partir de las veintiún horas y no de las dieciocho horas, afectando la liquidación de la remuneración adicional por trabajo nocturno (recargo nocturno).</p> <p>Este artículo sigue siendo regresivo respecto de la normatividad anterior a la Ley 789 de 2002.</p>
<p>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).</p> <p>c) El empleador y el trabajador pueden acordar temporal o indefinidamente</p>	<p>Artículo 2. El literal d) del artículo 161 del Código Sustantivo del Trabajo quedará así:</p>	<p>En concordancia con el artículo 1 de la Ley 1846 de 2017.</p>



CENTRO COLOMBIANO
DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

NORMATIVIDAD ANTERIOR A LA LEY 789 DE 2002	LEY 1846 DE 2017	¿POR QUÉ LA LEY 1846 DE 2017 ES REGRESIVA?
<p>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;</p> <p>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 <u>dentro de la jornada ordinaria de 6 a.m. a 10 p.m</u></p>	<p>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. Así, el número de horas de trabajo diario podrá repartirse de manera variable durante la respectiva semana teniendo como mínimo cuatro (4) horas continuas y como máximo 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 <u>dentro de la Jornada Ordinaria de 6 A.M. a 9 P.M.</u></p>	



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

Es necesario resaltar que la Corte Constitucional en la sentencia C-038 de 2004 aceptó que los artículos ahora demandados son regresivos, al expresar: “(...) Por consiguiente, la Corte comparte con todos los intervinientes en este proceso la conclusión de que las regulaciones impugnadas son menos favorables a los trabajadores empleados, o que obtengan empleos, que aquellas que fueron subrogadas. (...)” (subrayado fuera del texto).

El Principio de No Regresividad, que es norma jurídica prevalente, vinculante, criterio de validez y límite a la potestad de configuración del legislador, exige, que una vez alcanzado un nivel de protección, no puede retrocederse en el mismo, pues de ser así, dicho retroceso se presume inconstitucional y está sometido a un control judicial más severo, por vulnerar dicho principio. Sin embargo, no se puede perder de vista que dicho principio no es absoluto, es decir, se puede justificar dicho retroceso si las autoridades demuestran que el fin es objetivo y legítimo a la luz de la Constitución Política y además que las medidas tomadas para alcanzar el fin son adecuadas, necesarias y proporcionadas.

Lo anterior se reitera en la Sentencia C-038 de 2004 en los siguientes términos:

“(...) la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve restringida, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado es constitucionalmente problemático (...). Ahora bien, (...), es obvio que la prohibición de los retrocesos no puede ser absoluta sino que debe ser entendida como una prohibición prima facie. Esto significa que, un retroceso debe presumirse en principio inconstitucional, pero puede ser justificable, y por ello está sometido a un control judicial más severo. Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social.

“(...)”



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

“25- El anterior análisis permite concluir que las reformas laborales que disminuyen protecciones alcanzadas por los trabajadores son constitucionalmente problemáticas (...). Ellas podrían vulnerar la prohibición prima facie de que no existan medidas regresivas en la protección de los derechos sociales. Por ende, la libertad del Legislador al adelantar reformas laborales de este tipo dista de ser plena, pues no sólo (i) no puede desconocer derechos adquiridos, sino que además (ii) debe respetar los principios constitucionales del trabajo y (iii) las medidas deben estar justificadas, conforme al principio de proporcionalidad. Esto significa que las autoridades políticas, y en particular el Legislador, deben justificar que esas disminuciones en la protección alcanzada frente a los derechos sociales, como el derecho al trabajo, fueron cuidadosamente estudiadas y justificadas, y representan medidas adecuadas y proporcionadas para alcanzar un propósito constitucional de particular importancia.”⁵³ (énfasis nuestro)

Dichas medidas regresivas (el trabajo nocturno desde las veintidós horas y no de las dieciocho horas, reducción de los recargos festivos y dominicales de un 100% a un 75%, indemnización por terminación del contrato de trabajo unilateral por parte del empleador sin justa causa, menor a la que existía y modificación de la naturaleza del contrato de aprendizaje, dejó de ser un contrato de trabajo y pasó a ser un contrato especial, con un impacto negativo en los ingresos salariales y prestacionales de los aprendices y en la imposibilidad de negociar colectivamente los mismos) se tomaron con el fin de generar empleo, desarrollar la protección social y restaurar la economía, así se evidencia en la exposición de motivos del Proyecto de Ley que dio lugar a la Ley 789 de 2002:

“(...) Este Proyecto titulado "Por el cual se dictan normas para promover empleabilidad y desarrollar la protección social" tiene como objeto contribuir al fortalecimiento del Estado Social de Derecho mediante medidas trascendentales aunque no de choque que den impulso al mercado laboral y contribuyan a recuperar la confianza tanto de los empleadores como de los

⁵³ Corte Constitucional. Sentencia C 038 de 2004. M.P. Eduardo Montealegre Lynett. Consideraciones. 22.



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

trabajadores en la economía colombiana. Urge dinamizar la vida laboral en aspectos que hoy la legislación no facilita y que dentro de márgenes razonables e inspirados en la posibilidad de recuperar espacios para el empleo digno, hagan un poco más atractiva la posibilidad de generarlo e iniciar el camino restaurador de la economía, desde la oportunidad básica de tener acceso al trabajo en condiciones dignas y justas. (...)”

El fin de generar empleo es objetivo y legítimo a la luz de la Constitución Política, pues ella le impone al Estado la obligación de lograr el pleno empleo de los recursos humanos (Art. 334). No obstante, las medidas tomadas, al ser claramente regresivas, se presumen inconstitucionales y para desvirtuar tal presunción era imprescindible que las autoridades hubieran demostrado que ellas eran adecuadas, necesarias y proporcionadas.

De conformidad con lo anterior, resulta necesario analizar el test de proporcionalidad en sus tres niveles: adecuación, necesidad y proporcionalidad teniendo por fines generar empleo, desarrollar la protección social y restaurar la economía:

Adecuación. En el estudio de la adecuación se debe dar respuesta a la siguiente pregunta ¿Es idónea la reforma laboral regresiva para promover la generación de empleo, desarrollar la protección social y restaurar la economía?

No se logró demostrar por parte del ejecutivo o del legislador que las medidas regresivas adoptadas mediante los artículos 25, 26, 28, 30, 31 y 51 de la Ley 789 de 2002, fueran **adecuadas**, porque si bien es cierto que se generó empleo, no hay certeza que hubiera sido como consecuencia directa de las medidas tomadas por el Congreso, así lo reconoce la Corte Constitucional cuando en la sentencia C-038 de 2004 cuando afirma:

“(...) El estudio de la adecuación y necesidad de las medidas atacadas para promover el empleo es en este caso complejo, por cuanto existen visiones y diagnósticos diversos, y muchas veces encontrados, sobre las raíces del desempleo en Colombia, los cuales tienden a fundamentarse en corrientes de pensamiento distintas y a proponer políticas disímiles. Así, y en forma muy



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

esquemática, la visión dominante, que fue la que alimentó el proyecto de reforma laboral, tiende a basarse en concepciones económicas ortodoxas y neoclásicas, según las cuales, una de las razones del alto desempleo en el país reside en la rigidez y los altos costos salariales, que impiden que exista un ajuste, vía reducción del salario, del mercado de trabajo. Conforme a estos análisis, la salida al desempleo implica flexibilizar el mercado del trabajo, para permitir que la demanda y oferta de trabajo puedan ajustarse, y por consiguiente el desempleo pueda reducirse considerablemente y llegar a su tasa natural.

“La anterior visión es contestada por otros analistas, que consideran que ni a nivel teórico ni a nivel empírico existen evidencias convincentes de que la flexibilización del mercado laboral permita realmente lograr un aumento considerable del empleo. Algunas de estas visiones tienden a apoyarse en concepciones keynesianas, según las cuales, el desempleo se debe a un déficit de demanda efectiva. Es más, en una perspectiva de este tipo, una disminución del salario real puede tener como consecuencia el agravamiento del desempleo, pues la caída del poder de compra de los trabajadores implica una mayor reducción de la demanda efectiva, con lo cual se agravan la recesión y el desempleo.

“Obviamente, las anteriores no son las únicas visiones en torno a los problemas del empleo en el país. Otros estudios ponen énfasis en los problemas de falta de capacitación de la mano de obra, en el impacto negativo de la violencia en la inversión, en los efectos de la globalización de la economía, etc⁵⁴. La Corte ha enfatizado la oposición entre las visiones clásicas y keynesiana simplemente porque éstas no sólo son importantes sino además porque ellas tenderían a adoptar visiones distintas, y a veces opuestas, sobre la adecuación de algunas de las medidas adoptadas por las normas acusadas para promover el empleo. Así, una medida como el aumento de la jornada diurna, que para muchos trabajadores se

⁵⁴ Distintas visiones del desempleo en Colombia se pueden encontrar en Ricardo Bonilla, Jorge Ivan González et al. *Bien-estar y macroeconomía*. Bogotá, CID, Contraloría General, 2003, punto II, pp 15 y ss. O en Eduardo Lora. *El desempleo: ¿Qué hacer?* Bogotá, Alfaomega, 2001 Para visiones próximas a las perspectivas que alimentaron el proyecto, ver la exposición de motivos y las ponencias mayoritarias para primer y segundo debate en las cámaras *Gacetas del Congreso* 350, 444 y 579 todas de 2002. Ver igualmente “Elementos para el debate sobre la reforma laboral” en *Planeación y Desarrollo*. No 4, diciembre 2001, pp 613 y ss. Para posturas críticas frente al diagnóstico del desempleo de la reforma laboral, ver la ponencia minoritarias para primer debate en las cámaras en *Gaceta del Congreso* No 471 del 6 de noviembre de 2002.



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

puede traducir en una disminución del salario percibido, tendría lecturas distintas en esas escuelas: un economista neoclásico podría considerar que la medida estimula el empleo, al permitir que las empresas reduzcan el costo salarial y puedan flexibilizar sus turnos de trabajo, con lo cual tendrían incentivos y recursos para emplear a otros trabajadores. Un economista keynesiano podría concluir que la medida agrava el desempleo, en la medida en que contrae aún más la demanda efectiva.

“(...)”

“(...) Ahora bien, dada la magnitud del desempleo, el subempleo y la informalidad en Colombia, los logros anteriores, sin ser deleznable, son todavía modestos. Además, no es fácil ni claro atribuir esos resultados a la reforma laboral, pues otros factores han influido en la relativa recuperación de la economía y del empleo, como lo explican muchos analistas”. (énfasis nuestro)

De conformidad con lo anterior, al no demostrarse que la generación de empleo era consecuencia directa de la medida legislativa adoptada, no se logró probar que dichas medidas eran adecuadas para generar empleo, en consecuencia, se mantiene en firme la presunción de su inconstitucionalidad.

Necesarias. ¿Era necesaria la reforma de la Ley 789 de 2002 para alcanzar el fin constitucionalmente válido?, ¿esto es, se desarrollaron o propusieron todas las alternativas o medidas que podrían promover el fin querido por la norma? ¿La reforma laboral que buscó promover la generación de empleo a partir de la imposición de todas las cargas a los trabajadores era la única o una de las medidas que menos lesionaba sus derechos?

Si en gracia de discusión se aceptara que las medidas legislativas tomadas eran adecuadas, tampoco se demostró que fueran **necesarias**, pues el legislador debió probar que propuso, desarrolló o analizó varias alternativas para generar empleo y que la medida tomada, que finalmente desmejoró los derechos de los trabajadores, era la única eficaz y menos lesiva para obtener el fin perseguido, lo que tampoco fue demostrado por el legislador ni el ejecutivo.



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

Para que la máxima Corporación pudiera declarar la exequibilidad, en cuanto **al juicio de necesidad**, el Congreso debió demostrar que no existía un medio menos oneroso o lesivo de derechos para alcanzar dicho fin. Al respecto la Corte Constitucional sólo concluyó que:

(...) Sin embargo, conforme a los criterios desarrollados anteriormente, el juez constitucional debe ser deferente con la decisión adoptada en el proceso legislativo, pues éste cuenta con la legitimidad de ser la opción del órgano de representación popular, y por ello la Corte concluye que la justificación de la adecuación y necesidad de las medidas, en abstracto, aparece suficiente.

No es posible entonces que la sola justificación de la necesidad de la medida en abstracto sea suficiente para declararla constitucional, pues precisamente el Principio de No Regresividad en materia de Derechos Sociales Fundamentales hace que la norma de entrada se presuma inconstitucional, salvo que se hubiese demostrado que ésta era la única medida o la menos lesiva de derechos para alcanzar el fin legítimo y está claro, porque la propia Corte Constitucional lo acepta, que ello no se demostró, por lo tanto, al no probarse que la medida era necesaria, la consecuencia obligatoria es que se sigue presumiendo inconstitucional por ser una medida regresiva.

Es importante tener en cuenta que tanto la adecuación como la necesidad, son juicios fácticos, que no pueden realizarse en abstracto, como acepta la Corte Constitucional.

Proporcionalidad en sentido estricto. A través de este criterio se debe dar respuesta a la pregunta ¿Eran proporcionales las medidas de la Ley 789 de 2002 que ahora se demandan para alcanzar el fin propuesto?, esto es ¿el beneficio que se alcanza es claramente superior al costo que apareja en tanto no infringe ninguna otra norma o derecho que merezca mayor protección que la que se otorga al fin propuesto por la norma?

Tampoco superan los enunciados demandados el último paso del test de ponderación o proporcionalidad en sentido estricto, pues este exige que la medida



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

adoptada no sacrifique principios que tengan un mayor peso que el principio o derecho que se quiere satisfacer mediante dicho trato.

Lo que hizo el Congreso de la República fue depositar exclusivamente en la clase obrera, que es la parte débil de la relación obrero-patronal y la que merecía mayor protección, la carga de los medios, pues fue exclusivamente a partir de la disminución de los derechos de los trabajadores que se persiguió el fin de generar empleo a pesar que es claro que en un Estado Constitucional y Social de Derecho, se debe procurar la protección de los derechos individuales, máxime cuando se trata de los trabajadores, que son la parte más vulnerable de la relación obrero patronal, por lo que las medidas encaminadas a la generación de empleo no debieron ser asumidas, única y exclusivamente, por la parte menos favorecida, como lo es, se insiste, la clase trabajadora, quien se vio afectada en sus ingresos, sin que los empleadores hubieran asumido alguna carga, como la de comprometerse y obligarse a generar empleo, en virtud de los principios de la Solidaridad y de Equilibrio de Cargas Públicas.

En conclusión, es evidente que los enunciados impugnados están violando la Constitución Política de Colombia, pues aunque el fin perseguido con ellas era objetivo y legítimo, al ser regresivas (desmejoran los derechos de los trabajadores, que fue en últimas a quienes les correspondió asumir de manera exclusiva los costos de las medidas, siendo la parte débil y vulnerable de la relación obrero – patronal y que merecían una mayor protección), se presumen inconstitucionales, y como no se probó por parte del Ejecutivo o del Congreso de la República que eran adecuadas, necesarias y proporcionales, es obligatorio concluir que son inconstitucionales, al violar el Principio de No Regresividad, que es norma jurídica prevalente y de obligatorio cumplimiento, por lo tanto, es deber de la honorable Corte Constitucional, como guardiana de la Constitución Política, declarar inexecutable las normas demandadas.

4.4. VIOLACIÓN AL PRINCIPIO JURÍDICO DE SOLIDARIDAD

La solidaridad puede definirse como el **apoyo o la adhesión circunstancial a una causa o al interés de otro**. La palabra solidaridad es de origen latín “*solidus*” que



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

significa “solidario”; es uno de los derechos humanos más recientes que requiere para su realización de la participación de todas las entidades públicas y privadas, así como de los individuos que conforman una sociedad y que están cohesionados para el logro de los fines comunes propuestos.

La solidaridad ha sido incorporada en el artículo primero de la Constitución Política⁵⁵ como uno de los elementos fundantes del Estado Social de Derecho. Por su importancia en la organización jurídica y social ha sido desarrollada por la Corte Constitucional en diversos pronunciamientos⁵⁶, elevándola a rango de principio, permitiendo así la materialización y el logro de los fines del Estado.

Este principio debe regular tanto el comportamiento de la ciudadanía, como la actuación de todas las autoridades del Estado, al ser un mandato constitucional que debe estar presente en las actuaciones individuales, colectivas e institucionales, como herramienta que facilita el logro de la paz, la justicia y la equidad social que deben existir en toda sociedad civilizada.

Tanto la doctrina nacional como internacional, han dado a la solidaridad un carácter de valor, derecho y principio rector. Esta triple concepción, le otorga una relevancia en la búsqueda de los fines del Estado y en la defensa, protección y desarrollo integral de las personas. La solidaridad, desde cada una de sus acepciones, tiene un objetivo. Como valor, es un fin al que todas las sociedades deben llegar; como derecho, se circunscribe en las obligaciones del Estado; **y como principio, rige toda producción y aplicación de las normas existentes en un orden jurídico.**

La coherencia y armonía de un ordenamiento jurídico se sustenta en el límite al ejercicio del poder, así como en la promoción del ejercicio de los derechos de la persona en todos los ámbitos del desarrollo individual. Cuando se trata del límite al ejercicio del poder, se puede afirmar que la solidaridad exigida como derecho fundamental tiene como principal obligado al Estado, puesto que en él recae el

⁵⁵ Constitución Política de Colombia, Artículo 1. *Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.*

⁵⁶ Corte Constitucional. Sentencia C 459 de 2004. Sentencia C 767 de 2014. Sentencia C 463 de 2008. Sentencia T 005 de 1995.



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

deber de administrar todo cuanto existe en un orden jurídico a fin de que sea justo y equitativo para todos.

El poder judicial, como elemento integrante del Estado, también es destinatario del deber de protección de la solidaridad, concebida como principio, pues puede ser exigida por vía judicial y serán los Jueces Ordinarios y el Juez Constitucional quienes asuman el deber de garantizar los bienes constitucionalmente protegidos, interviniendo de manera obligatoria en las relaciones de las personas entre sí y en las relaciones de éstas con el Estado; siempre procurando que todas las decisiones adoptadas mantengan como criterio la supremacía de la norma constitucional y estén basadas en los principios constitucionales.

Según lo anterior, es el juez, como árbitro neutral, quien debe exigir y garantizar que tanto el Estado, representado en el gobierno y en el legislativo, como los ciudadanos, respeten el espíritu constitucional, y se mantenga la supremacía de los derechos, principios y fines que la Constitución Política consagra. Esta protección por parte del juez tiene como efecto jurídico evitar cualquier amenaza o violación de los derechos fundamentales y de los principios constitucionales.

Si se observa la solidaridad desde un aspecto social, también tiene su sustento en la norma suprema y se convierte en una obligación radicada no solo en los principales poderes del Estado como son el ejecutivo, el legislativo y judicial, sino también en los órganos sociales y económicos que cuenten con poder de decisión, a quienes se les exige la disposición de recursos al servicio de los más necesitados. Esto usualmente se hace mediante los programas de solidaridad que tienen como fin preservar los bienes y la dignidad de las personas al margen del ánimo de lucro del Estado, puesto que su obligación debe ceñirse a cubrir las necesidades básicas de todos aquellos que por su condición requieren la intervención directa del Estado.

La solidaridad, como principio, constituye no solo un criterio hermenéutico al momento de determinar el sentido de los enunciados, sino una obligación que condiciona el actuar del Estado y los ciudadanos. La solidaridad se erige como pilar jurídico fundamental en la aplicación de normas al momento de invocar las cláusulas



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

tanto constitucionales como legales en la que están directamente vinculados los derechos fundamentales.

En coherencia con la importancia constitucional que tiene la solidaridad en el ámbito jurídico, se puede afirmar que cuando tiene lugar su violación por el incumplimiento de los deberes derivados de la misma, el afectado podrá recurrir a las acciones judiciales en búsqueda de hacer cumplir los deberes que por mandato constitucional están expresamente en cabeza del Estado y los particulares.

Se hace necesario reafirmar que la solidaridad, más allá de ser un deber constitucional de carácter genérico, debe considerarse como un principio fundamental, y como tal tiene importancia en la conducta social entre los particulares y en las decisiones e intervenciones que hace el Estado. De modo que, tanto Estado como particulares, están obligados a actuar de manera solidaria y a brindarle protección a la persona o grupos de personas que requieran mayor amparo para la búsqueda de su realización como ciudadanos. El Principio de Solidaridad tiene como función corregir de manera sistemática aquellos defectos que son perjudiciales para la estructura social y que promueven la inequidad, fallas que hacen cada vez más visible la injusticia social y obstaculizan el cumplimiento de los objetivos y fines constitucionales.

El proyecto del Estado Social de Derecho entra en crisis cuando el Estado mismo y los particulares desconocen los fines esenciales que rigen una Constitución. En este sentido, la solidaridad no es un simple fin, es un derecho exigible a todos y un deber que todos debemos cumplir, como principio que rige el ordenamiento jurídico, como valor o fin al que se debe llegar; como norma que establece un mandato de imperativo cumplimiento y como derecho o garantía subjetiva protegida por toda norma. La solidaridad, además de ser un instrumento para garantizar la convivencia social, es un elemento jurídico en el que se funda el modelo del Estado Social de Derecho, integrado a nuestra organización jurídica desde la misma Constitución, lo que hace que sea un verdadero instrumento de carácter normativo exigible dentro del Estado Social de Derecho, no como opción política sino como principio constitucional vinculante para todos.



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

Teniendo claridad de la importancia de la solidaridad en nuestro ordenamiento jurídico, es pertinente mencionar que la Corte Constitucional ha adoptado y desarrollado el concepto en materias como el derecho laboral y la seguridad social, en las que ha reconocido el carácter de principio y su importancia para el logro de los objetivos del Estado. Para ilustrar esta afirmación, se citan las siguientes sentencias en las que la Corte Constitucional hace alusión al concepto de solidaridad:

En la sentencia C-1000 de 2007 realizó una síntesis de las reglas jurisprudenciales más importantes derivadas del Principio de Solidaridad en el sistema de seguridad social:

“...En relación con la aplicación del principio de solidaridad en materia de seguridad social, la Corte ha considerado que (i) éste permite que el derecho a la seguridad social se realice, si es necesario, a través de la exigencia de prestaciones adicionales por parte de las entidades que han cumplido con todas sus obligaciones prestacionales, conforme a lo establecido en las leyes (...) el principio aludido también impone un compromiso sustancial del Estado en cualquiera de sus niveles (Nación, departamento, municipio), así como de los empleadores públicos y privados en la protección efectiva de los derechos fundamentales de los trabajadores y de sus familias; (ii) implica que todos los partícipes de este sistema deben contribuir a su sostenibilidad, equidad y eficiencia, lo cual explica que sus miembros deban en general cotizar, no sólo para poder recibir los distintos beneficios, sino además para preservar el sistema en su conjunto; (iii) la ley puede, dentro de determinados límites, estructurar la forma cómo los distintos agentes deben cumplir con su deber de solidaridad; (iv) los aportes deben ser fijados de conformidad con criterios de progresividad, que permitan que quienes más capacidad contributiva tengan, aporten en proporciones mayores; (v) si bien es uno de aquellos considerados fundamentales por el primer artículo de la Constitución, no tiene por ello un carácter absoluto, ilimitado, ni superior frente a los demás que definen el perfil del Estado Social de Derecho, sino que la eficacia jurídica de otros valores, principios y objetivos



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

constitucionales puede acarrear su restricción, mas no su eliminación; (vi) conforme a lo prescrito por el artículo 95 superior, el principio de solidaridad genera deberes concretos en cabeza de las personas, no puede en cambio hablarse de correlativos derechos subjetivos concretamente exigibles en materia de seguridad social, emanados directamente de tal principio constitucional; (vii) no es tan amplio el principio de solidaridad social dispuesto en nuestra Carta Política, como para suponer en toda persona el deber de responder con acciones humanitarias, sin límite alguno, ante situaciones que pongan en peligro su vida o la salud de los demás; (viii) exige la ayuda mutua entre las personas afiliadas, vinculadas y beneficiarias, independientemente del sector económico al cual pertenezcan, y sin importar el estricto orden generacional en el cual se encuentren; (ix) implica las reglas según las cuales el deber de los sectores con mayores recursos económicos de contribuir al financiamiento de la seguridad social de las personas de escasos ingresos, y la obligación de la sociedad entera o de alguna parte de ella, de colaborar en la protección de la seguridad social de las personas que por diversas circunstancias están imposibilitadas para procurarse su propio sustento y el de su familia; y (x) se pueden aumentar razonablemente las tasas de cotización, siempre y cuando no vulneren los derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida digna."
(subrayas fuera de texto).

En la sentencia T-889 de 2014, la Corte dijo respecto a la solidaridad:

"...A la luz de los artículos 1º y 95, numeral 2º de la Constitución, el principio de solidaridad está concebido como uno de los fundamentos del Estado Social de Derecho, y es, a su vez, un deber de todo ciudadano en la construcción de una sociedad más justa e igualitaria. Siendo la solidaridad un presupuesto que rige las relaciones humanas, esta Corporación ha señalado que debe extenderse a las relaciones de carácter laboral; así, en el marco de los contratos laborales, las partes deben respetar principios constitucionales que, como el de solidaridad, les permiten reconocerse entre sí como sujetos de derechos constitucionales



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

fundamentales, que quieren desarrollar su plan de vida en condiciones mínimas de dignidad, y que para hacerlo, requieren apoyo del Estado y de los demás particulares, especialmente, en aquellas situaciones en las que las desigualdad material, la debilidad física o mental, o la falta de oportunidades, les imponen obstáculos mayores en la consecución de sus objetivos.

“Sobre el concepto de solidaridad ha dicho la Corporación que: “[s]e trata de un principio que inspira la conducta de los individuos para fundar la convivencia en la cooperación y no en el egoísmo (...) La vigencia de este principio elimina la concepción paternalista, que crea una dependencia absoluta de la persona y de la comunidad respecto del Estado y que ve en éste al único responsable de alcanzar los fines sociales. Mediante el concepto de la solidaridad, en cambio, se incorpora a los particulares al cumplimiento de una tarea colectiva con cuyas metas están comprometidos, sin perjuicio del papel atribuido a las autoridades y entidades públicas.⁵⁷ En otra decisión, dijo la Corte con respecto a este deber: “[l]a construcción de la solidaridad humana y no la competencia mal entendida por sobrevivir, es el principio de razón suficiente del artículo 95 de la Carta Política y por ello, en lugar de rechazar a quien está en situación ostensible de debilidad, es deber positivo de todo ciudadano, impuesto categóricamente por la Constitución, el de socorrer a quien padece la necesidad, con medidas humanitarias. La acción humanitaria es aquella que desde tiempos antiquísimos inspiraba a las religiones y a las sociedades filantrópicas hacia la compasión y se traducía en medidas efectivas de socorro.”⁵⁸

Igualmente ha sostenido que el principio de solidaridad tiene tres acepciones: (i) como una pauta de comportamiento conforme con la cual deben obrar los individuos dadas ciertas situaciones; (ii) un criterio de interpretación en el análisis de acciones u omisiones de los particulares

⁵⁷ Corte Constitucional. Sentencia T 550 de 1994.

⁵⁸ Corte Constitucional. Sentencia T 1040 de 2011.



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

que amenacen o vulneren derechos fundamentales; y (iii) un límite a los derechos propios”.

De las interpretaciones realizadas por la Corte Constitucional al principio de solidaridad, se puede concluir con meridiana claridad que la materialización de este principio implica un compromiso de todos, poderes públicos y particulares, respecto del cumplimiento de los fines del Estado; principalmente el esfuerzo de los sectores con mayores recursos económicos, quienes deben contribuir en mayor medida a este objetivo.

Es importante resaltar en las anteriores sentencias la enunciación de la solidaridad como límite a la voluntad en la celebración de contratos laborales con fundamento en razones que se deben extender a los límites al ejercicio de la potestad de configuración legislativa, específicamente en materia de derechos económicos sociales y culturales fundamentales, como son los derechos de los trabajadores que se vieron vulnerados con la expedición de leyes que claramente son regresivas y que depositan las cargas para el cumplimiento del fin de generar empleo únicamente en los trabajadores, violando con ello el principio de solidaridad.

De lo anteriormente expuesto se puede concluir que existe una flagrante violación al Principio de Solidaridad con la expedición de la Ley 789 de 2002 y la Ley 1846 de 2017, en particular, con los enunciados demandados en esta acción de inconstitucionalidad, pues el legislador y el gobierno han desconocido por completo el equilibrio y la esencia de este principio. Si bien el fin perseguido por la reforma laboral demandada era plausible, es decir, la generación de empleo es un fin objetivo y legítimo, no es un comportamiento coherente con el principio de solidaridad el que los trabajadores, parte débil de la relación laboral, tengan que asumir única y exclusivamente el costo del fin propuesto (generar empleo), mientras que la obligación de crear empleo queda a discreción de los empleadores.

Los trabajadores constituyen, por su condición de debilidad en la relación laboral, el grupo que requiere de una mayor protección por parte del Estado. Si bien deben contribuir con la consecución de los fines del mismo, es claro que en ejercicio del



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

principio de solidaridad no deben ser los únicos en asumir el costo que ello conlleva mediante la disminución de sus derechos y de sus ingresos.

4.5. VIOLACIÓN AL PRINCIPIO JURÍDICO DE EQUILIBRIO DE CARGAS PÚBLICAS

En la Constitución Política de Colombia se establecen derechos, pero a su vez, también se consagran deberes o cargas derivadas de Principios Constitucionales, que buscan garantizar el cumplimiento de los fines del Estado establecidos en el artículo 2 de la Carta Política:

“...servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.”

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.”

En esa medida, para poder contribuir al logro o alcance de los objetivos o fines del Estado y procurar un orden económico y social justo, las personas no solo tienen derechos si no también deberes o cargas. Tanto las facultades como las responsabilidades deben ser ejercidas de manera respetuosa con los Principios Constitucionales de la Igualdad y de la Solidaridad, los que se materializan a través del artículo 13 de la Constitución Política:

“ ... El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

En consecuencia, el Principio de Equilibrio de Cargas Públicas se deriva del Principio y Derecho a la igualdad (Art. 13) y del Principio de la Solidaridad (Art. 2). En concreto, el Principio de Equilibrio de Cargas Públicas implica que las cargas o las responsabilidades derivadas del deber de satisfacción del interés general, deben ser soportadas por toda la colectividad y no por un individuo o grupo determinado, teniendo en cuenta que, en virtud del Principio de Solidaridad, se le debe exigir más a quien se encuentre en mejores condiciones o capacidades.

Respecto del Principio de Equilibrio de Cargas Públicas, se pueden relacionar las siguientes sentencias de la Corte Constitucional:

Sentencia C - 333 de 1996:

“ ... 9- Esta concepción de la posibilidad de indemnización de un daño antijurídico incluso originado en una actividad lícita del Estado armoniza además con el principio de solidaridad (CP art. 1º) y de igualdad (CP art. 13), que han servido de fundamento teórico al régimen conocido como de daño especial, basado en el principio de igualdad de todos ante las cargas públicas. En efecto, si la Administración ejecuta una obra legítima de interés general (CP art. 1º) pero no indemniza a una persona o grupo de personas individualizables a quienes se ha ocasionado un claro perjuicio con ocasión de la obra, entonces el Estado estaría desconociendo la igualdad de las personas ante las cargas públicas (CP art. 13), pues quienes han sufrido tal daño no tienen por qué soportarlo, por lo cual éste debe ser asumido solidariamente por los coasociados (CP art. 1º) por la vía de la indemnización de quien haya resultado anormalmente perjudicado. Se trata pues, de un perjuicio especial sufrido por la víctima en favor del interés general, por lo cual el daño debe ser soportado no por la persona sino por la colectividad, por medio de la imputación de la responsabilidad al Estado. (...)” (énfasis nuestro)



CENTRO COLOMBIANO
DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

Sentencia C - 038 de 2006:

“La carga del interés general debe ser soportada por toda la colectividad.”

Sentencia C - 220 de 2011:

Límites de la libertad de configuración de la que goza el Legislador para desarrollar los deberes constitucionales y definir las cargas públicas

“Por otra parte, en materia de desarrollo de deberes constitucionales y fijación de cargas públicas, el Legislador cuenta con una amplia libertad para precisar los deberes constitucionales y distribuir las cargas públicas ligadas a ellos; sin embargo, la regulación que expida debe ser compatible con los principios constitucionales, especialmente los derechos fundamentales de quienes deben cumplir los deberes, y los principios de proporcionalidad y racionalidad que rigen la adopción de medidas restrictivas de derechos fundamentales.

“Por estas razones, la Corte concluyó que no es suficiente con que un deber desarrollado por el Legislador persiga un fin constitucional –como la preservación del orden público. Para que un deber se ajuste a la Carta, es preciso que (i) persiga un fin específico e imperioso, y (ii) no restrinja de manera desproporcionada los derechos fundamentales de los obligados. (...)” (énfasis nuestro)

Sentencia C - 306 de 2013:

“(...) la persona expropiada no tiene por qué soportar una carga específica que debe asumir toda la sociedad, en razón del principio de igualdad de todos ante las cargas públicas, cuyo fundamento es el derecho de igualdad establecido en el artículo 13 de la Carta. (...)” (énfasis nuestro)

Con base en lo anterior, es claro que se vulneró el Principio de Equilibrio de las Cargas Públicas, entendiendo por este que las cargas y deberes que se le imponen



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

a las personas para cumplir con los fines del Estado, deben ser soportadas por toda la colectividad y no por un individuo o grupo determinado; y al momento de distribuir dichas cargas, en virtud del principio de solidaridad se deben respetar los siguientes límites (C-220 de 2011):

- a) La regulación que expida debe ser compatible con los principios constitucionales, especialmente los derechos fundamentales de quienes deben cumplir los deberes.
- b) El respeto a los principios de proporcionalidad y racionalidad que rigen la adopción de medidas restrictivas de derechos fundamentales.
- c) Que se persiga un fin específico e imperioso.
- d) Que no se restrinja de manera desproporcionada los derechos fundamentales de los obligados.

Es claro que la reducción de los recargos por trabajo nocturno y dominical, indemnizaciones por despido sin justa causa y el cambio de naturaleza del contrato de aprendizaje que repercute en el nivel de ingresos de los aprendices, constituyen una carga desproporcionada e inconstitucional por cuanto:

1. No afecta a todos los trabajadores por igual, pues es especialmente sensible en el sector de servicios comerciales, call center, almacenes de cadena, operarios de fábricas, obreros y vigilancia privada entre otros. Es decir, aquellos trabajadores con menor poder adquisitivo.
2. No se establecieron obligaciones correlativas para los empleadores, por ejemplo, como el deber de contratar más personas que las que tenían en planta a la entrada en vigencia de la Ley 789 de 2002, o la obligación de contratar a alguien cuando se despidiera a un trabajador sin justa causa.

Así pues, en ambos casos se vulnera el Principio de Equilibrio de las Cargas Públicas, porque la carga de generar empleo mediante la regulación establecida en



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

la Ley 789 de 2002 y en la Ley 1846 de 2017, la están asumiendo exclusivamente los trabajadores, especialmente los de menor poder adquisitivo y no los empleadores, que son la parte fuerte de la relación laboral y quienes poseen mayores recursos económicos.

5. CARGOS Y RAZONES ESPECÍFICAS DE LA VIOLACIÓN

Además de la formulación de los anteriores cargos generales (vulneración a los Principios Jurídicos de: i) No Regresividad; ii) Proporcionalidad; iii) Solidaridad; iv) Equilibrio de las Cargas Públicas); que son comunes a los enunciados acusados por inconstitucionalidad, se procede a formular los siguientes cargos específicos y razones de la impugnación. En tal virtud se indicará el enunciado demandado, los cargos (normas constitucionales que se infringen con los enunciados jurídicos demandados) y se indicará las respectivas razones específicas de la vulneración.

5.1. ART. 25 DE LA LEY 789 DE 2002

ART. 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.).” (énfasis fuera del texto)

Los enunciados jurídicos demandados (subrayados) del Art. 25 de la Ley 789 de 2002 vulneran las siguientes normas superiores en virtud de las ulteriores razones específicas:

5.1.1. Vulneración del Art. 1 de la Constitución



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

Art. 1. *“Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.”* (subrayado fuera del texto)

Los enunciados jurídicos demandados del Art. 25 de la Ley 789 de 2002 desconocen el derecho al trabajo y la solidaridad, que constituyen fundamentos del Estado social de derecho que consagra el Art. 1 de la Constitución Política. Esto en tanto se disminuye los ingresos de los trabajadores al ampliar la jornada diurna hasta las 10:00 de la noche, contrariando la protección especial que el Estado debe brindar a la clase trabajadora. De tal suerte, los derechos laborales, al tener carácter de derechos sociales fundamentales, deben ser protegidos y únicamente pueden ser desconocidos mediante leyes posteriores con ciertos límites claramente advertidos por la Corte Constitucional en tanto que impone al legislador una argumentación estricta y razonable de las razones que justifican tales afectaciones. De otro lado, las cargas públicas dirigidas a la satisfacción del interés general de promover la generación de empleo se asignan a la parte débil de la relación laboral, observando un criterio de protección a los empleadores en detrimento de los derechos de los trabajadores, lo que vulnera el principio de solidaridad, en virtud del cual existe la necesidad de integrar a todos los particulares en la ejecución de las políticas encaminadas a la consecución de los fines sociales.

5.1.2. Vulneración del Art. 2 de la Constitución Política

Art. 2. *“Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.*



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.” (subrayas fuera del texto)

Los enunciados jurídicos demandados del Art. 25 de la Ley 789 de 2002 vulneran el Art. 2 de la Constitución Política en cuanto al deber que tiene el Estado de garantizar la efectividad de los principios, teniendo en cuenta que los principios de No Regresividad, Proporcionalidad, Solidaridad y Equilibrio de las Cargas Públicas, son normas jurídicas que tienen el estatus de prevalentes, normas fundantes y fundamentadoras del ordenamiento jurídico y su aplicación no debe depender de las condiciones económicas del Estado. El Art. 25 de la Ley 789 de 2002 desmejora las garantías de los trabajadores en referencia a la legislación anterior, debiendo éstos renunciar irrazonablemente a los derechos sociales que establecían determinadas garantías, lo que no está asegurando el cumplimiento de los deberes sociales del Estado, resultando regresivo establecer un horario nocturno de 10:00pm a 6:00am.

5.1.3. Vulneración del Art. 25 de la Constitución Política.

***Art. 25.** “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.” (subrayas fuera del texto)*

Los enunciados jurídicos demandados del Art. 25 de la Ley 789 de 2002 vulneran el Art. 25 de la Constitución Política en tanto desconocen la especial protección que el Estado debe brindar al trabajo, toda vez que se amplía la jornada diurna hasta las 10:00 pm, desapareciendo el horario nocturno de 6:00pm a 10:00pm existente en la legislación anterior. Resulta entonces fundamental recordar que, según el Art. 25 de la Constitución Política, el trabajo es un derecho y una obligación social cuya especial protección se está desconociendo en tanto el Art. 25 de la Ley 789 de 2002 considera legislativamente diurnas horas de trabajo que en la legislación anterior



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

tenían carácter de nocturnas, debiendo ser remuneradas en tal virtud. La especial protección del Estado en este sentido se encuentra relacionada al principio de no regresividad, toda vez que la legislación anterior reconocía un horario laboral nocturno de 6:00pm a 6:00am, lo que mejoraba la remuneración y el mínimo vital de los trabajadores.

5.1.4. Vulneración del Art. 53 de la Constitución Política

Art. 53. *“El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:*

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.” (subrayas fuera del texto)



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

Los enunciados jurídicos demandados del Art. 25 de la Ley 789 de 2002 vulneran el Art. 53 de la Constitución Política, en tanto la ley no puede menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores, al desconocer el carácter de derecho social fundamental del derecho al trabajo. Es inconstitucional una ley que a fin de lograr metas de generación de empleo, afecte únicamente los intereses de la parte débil de la relación laboral, esto es los trabajadores, los cuales con la ampliación en la Ley 789 de 2002 de la jornada diurna de 6:00am a 10:00pm, evidencian afectación de su remuneración salarial y mínimo vital, lo que constituye vulneración del Principio de Equilibrio de Cargas Públicas. Además de lo anterior, se infringe el Principio de Proporcionalidad en tanto no existe razonabilidad, como se demostró, entre medios y fin en los enunciados jurídicos demandados del Art. 25 de la Ley 789 de 2002.

5.1.5. Vulneración del Art. 5 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales PIDESC

Art. 5. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

“1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de reconocer derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos o libertades reconocidos en el Pacto, o a su limitación en medida mayor que la prevista en él.”

2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.” (subrayas fuera del texto)

Los enunciados jurídicos demandados del Art. 25 de la Ley 789 de 2002 vulneran el principio de no regresividad y el art. 5 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que integra el bloque de constitucionalidad en



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

virtud del Art. 93 de la Constitución Política. La legislación anterior, Art. 160 del Código Sustantivo del Trabajo, establecía unos recargos de mayor cuantía que los del Art. 25 de la Ley 789 de 2002 reconocidos a los trabajadores cuando laboraban en jornada nocturna y horas extras.

En este orden de ideas, las medidas consagradas por el legislador en el Art. 25 de la Ley 789 de 2002 son regresivas, condición que fue aceptada por la Corte Constitucional en Sentencia C-038 de 2004, en tanto que amparado en el fin loable de generar empleo, impuso una carga únicamente a los trabajadores, disminuyendo los ingresos percibidos por estos, extendiendo como diurna una jornada que tenía carácter de nocturna en la legislación anterior, desde las 6:00pm hasta las 10:00pm. El desconocimiento de ese recargo nocturno evidentemente no tuvo en cuenta las mayores cargas que deben asumir los trabajadores cuya jornada laboral se extiende más allá de las 6:00 pm, esto es, sobrecostos de transporte, riesgo en su seguridad personal y disminución de la calidad de vida. La razón o la naturaleza del recargo nocturno es precisamente equilibrar las cargas de trabajadores y empleadores en este sentido. Acerca del Art. 25 de la Ley 789 de 2002 la investigación de 2010 titulada *Informe sobre la prohibición de regresividad en derechos económicos, sociales y culturales en Colombia: fundamentación y casos (2002-2008)*⁵⁹ que en adelante se denominará *Informe de la Comisión Colombiana de Juristas* enuncia:

“En primer lugar, el artículo 25 de la ley 789 de 2002 amplió la jornada de trabajo diurna, que antes de la reforma era desde las seis horas (06:00 a.m.) a las dieciocho horas (6:00 p.m.), y con la reforma pasó a ser la comprendida entre las seis horas (06:00) y las veintidós horas (10:00 p.m.). En consecuencia, el trabajo nocturno pasó a ser el comprendido entre las veintidós horas (10:00 p.m.) y las seis horas (06:00 a.m.).

Esta modificación de la definición del trabajo diurno y del trabajo nocturno, prevista en el artículo 25 de la reforma laboral, modificó sustancialmente el monto de la remuneración por el trabajo nocturno (recargo nocturno equivalente a un 35% sobre el valor del trabajo diurno) para quienes

⁵⁹ *Informe sobre la prohibición de regresividad en derechos económicos, sociales y culturales en Colombia: fundamentación y casos (2002-2008)*. Comisión Colombiana de Juristas. Bogotá. 2010. 56-57. Referencia 24-02-2017.
http://www.coljuristas.org/documentos/libros_e_informes/inf_2010_n1.pdf



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

desempeñan sus labores en estas franjas horarias. En efecto, conforme a la ley 789 de 2002, el trabajo que se realiza entre las 6:00 p.m. y las 10:00 p.m., que por las condiciones climáticas de Colombia es un trabajo nocturno, pasó a ser considerado trabajo diurno por disposición del legislador, con la consecuente disminución en los ingresos de los trabajadores. En otras palabras, para el trabajo realizado en tales horarios, los trabajadores(as) perdieron el 35% de recargo nocturno.

Ahora bien, la modificación de la definición de las jornadas diurna/nocturna altera adicionalmente la liquidación de las horas extras, teniendo en cuenta la diferencia en la remuneración del trabajo extra, según se trate de horas diurnas o nocturnas. Al respecto, conviene recordar que conforme a la legislación nacional las horas extras diurnas son remuneradas con un recargo del 25% sobre el valor del trabajo ordinario, mientras que el recargo por las horas extras nocturnas equivale al 75% sobre el valor del trabajo ordinario. Teniendo en cuenta que se modificaron las nociones de trabajo diurno y nocturno, las horas extras laboradas en la franja de las 6:00 p.m. a las 10:00 p.m. ya no serán remuneradas como trabajo extra nocturno (75%) sino como trabajo extra diurno (25%). Vale decir, en estos horarios los trabajadores(as) perdieron con la reforma laboral de 2002 más del 50% de la remuneración por el trabajo extra.”

El Art. 160 del Código Sustantivo del Trabajo, legislación anterior, establecía una serie de recargos de mayor cuantía reconocidos a los trabajadores cuando laboraban en jornada nocturna y horas extras, lo que pone en evidencia la vulneración de la obligación de no regresividad consagrada en el Art. 5 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, integrante del bloque de constitucionalidad en virtud del Art. 93 superior.

5.2. ART. 26 DE LA LEY 789 DE 2002

ART. 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:*



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

1. El trabajo en domingo y festivos se remunerará con un recargo del setenta y cinco por ciento (75%) sobre el salario ordinario en proporción a las horas laboradas.

2. Si con el domingo coincide otro día de descanso remunerado solo tendrá derecho el trabajador, si trabaja, al recargo establecido en el numeral anterior.

3. Se exceptúa el caso de la jornada de treinta y seis (36) horas semanales previstas en el artículo 20 literal c) de la Ley 50 de 1990.

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

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

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

Parágrafo 2º. Se entiende que el trabajo dominical es ocasional cuando el trabajador labora hasta dos domingos durante el mes calendario. Se entiende que el trabajo dominical es habitual cuando el trabajador labore tres o más domingos durante el mes calendario.” (énfasis fuera del texto)

Los enunciados jurídicos demandados (subrayas) del Art. 26 de la Ley 789 de 2002 vulneran las siguientes normas superiores en virtud de las ulteriores razones específicas:



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

5.2.1. Vulneración del Art. 1 de la Constitución Política.

Art. 1. *“Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.”* (subrayas fuera del texto)

Los enunciados jurídicos demandados del Art. 26 de la Ley 789 de 2002 vulneran el Art. 1 de la Constitución Política en tanto se disminuye la remuneración de los días dominicales y festivos laborados y se suprime la compensación del descanso en los mismos cuando no son habituales, contrariando el Estado Social de Derecho y la protección especial que el Estado debe brindar a los trabajadores. Esto en razón que el derecho laboral, al ser un derecho social fundamental, debe tener una especial protección y no ser desconocido en leyes ulteriores a menos que el Congreso de la República observe la argumentación rigurosa que en esos casos de afectación le exige la Corte Constitucional. De otro lado, las cargas públicas se asignan a la parte débil de la relación laboral, observando un criterio de protección a los empleadores sobre los derechos de los trabajadores.

5.2.2. Vulneración del Art. 2 de la Constitución Política.

Art. 2. *“Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.*

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

deberes sociales del Estado y de los particulares.” (subrayas fuera del texto)

Los enunciados jurídicos demandados del Art. 26 de la Ley 789 de 2002 vulneran el Art. 2 de la Constitución Política específicamente en lo atinente al deber que tiene el Estado de garantizar la efectividad de los principios, teniendo en cuenta que los de No Regresividad, Proporcionalidad, Solidaridad y Equilibrio de Cargas Públicas, son principios que deben tener el estatus de normas jurídicas prevalentes y su aplicación no debe depender de las condiciones económicas del Estado. Nótese que el Art. 26 de la Ley 789 de 2002 desmejora las garantías de los trabajadores en referencia a la legislación anterior, debiendo éstos aceptar la afectación de su remuneración, lo que va en contra de los fines esenciales del Estado en la protección al trabajo, resultando una vulneración del principio de no regresividad la reducción del recargo en la respectiva remuneración de dominicales y festivos del 100% al 75%.

5.2.3. Vulneración del Art. 25 de la Constitución Política

Art. 25. *“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.” (subrayas fuera del texto)*

Los enunciados jurídicos demandados del Art. 26 de la Ley 789 de 2002 vulneran el Art. 25 de la Constitución Política, toda vez que no existe una especial protección estatal del derecho al trabajo, derecho social fundamental, al disminuirse la remuneración de los días dominicales y festivos laborados de los trabajadores y suprimirse la compensación del descanso cuando no son habituales. En consecuencia, se convierte lo habitual en excepcional, siendo considerados habitualmente los domingos y festivos días de descanso. Igualmente, al reglamentar el trabajo dominical y festivo, la Ley 789 de 2002 no mencionó las labores suplementarias ni nocturnas, entendiéndose que están incorporadas dentro de la regulación de la jornada.



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

5.2.4. Vulneración del Art. 53 de la Constitución Política

Art. 53. *“El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:*

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

El Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.” (subrayas fuera del texto)

Los enunciados jurídicos demandados del Art. 26 de la Ley 789 de 2002 vulneran el Art. 53 de la Constitución Política, en tanto que menoscaba la libertad, la dignidad humana y los derechos de los trabajadores, al desconocer el carácter de derecho social fundamental del derecho al trabajo, razón que le brinda adicionalmente un deber de protección especial por parte del Estado que no debe desconocerse. Es inconstitucional una ley que a fin de lograr metas de generación de empleo afecte el mínimo vital de los trabajadores, parte débil de la relación laboral. Es



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

inconstitucional una ley que a fin de lograr metas de generación de empleo, afecte únicamente los intereses de la parte débil de la relación laboral, esto es los trabajadores, disminuyendo el recargo de días laborados domingos y festivos del 100% al 75%, evidenciando una afectación de su remuneración salarial y mínimo vital, lo que constituye vulneración del Principio de Equilibrio de Cargas Públicas. Además de lo anterior, se infringe el principio de proporcionalidad en tanto no existe razonabilidad entre medios y fin de los enunciados jurídicos demandados del Art. 26 de la Ley 789 de 2002.

5.2.5. Vulneración del Art. 5 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales PIDESC

Art. 5. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

*“1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de reconocer derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de **los derechos o libertades reconocidos en el Pacto**, o a su limitación en medida mayor que la prevista en él.”*

2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.” (subrayas fuera del texto)

Los enunciados jurídicos demandados del Art. 26 de la Ley 789 de 2002 vulneran el principio de no regresividad desconociendo el Art. 5 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que integra el bloque de constitucionalidad en virtud del Art. 93 de la Constitución Política; toda vez que la legislación anterior, Art. 179 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado en virtud del Art. 12 del Decreto-Ley 2351 de 1965 y el Art. 29 de la Ley 50 de 1990, establecía



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

una remuneración correspondiente a domingos y festivos equivalente al 100%, frente al 75% que consagra el Art. 26 de la Ley 789 de 2002.

En este orden de ideas las medidas consagradas en los enunciados jurídicos demandados son regresivas, condición que fue aceptada por la Corte Constitucional en Sentencia C-038 de 2004, y aunque buscaban el fin legítimo de generar empleo, impone la carga de su satisfacción sólo a los trabajadores, afectando sus ingresos, en tanto se disminuye el porcentaje con que se remunera horas extras del 100% al 75%. En referencia al Art. 26 de la Ley 789 de 2002, el Informe de la Comisión Colombiana de Juristas⁶⁰ enuncia:

“Algo semejante ocurre con el reconocimiento y la remuneración del trabajo en días dominicales y festivos, que pasó de tener una compensación del 100% sobre el salario ordinario, a tan sólo un 75% del mismo, conforme al artículo 26 de la ley 789 de 2002:

En ambos casos el Gobierno adujo que los cambios obedecían al contraste entre estas cargas y la realidad de las empresas, que les ocasionaba exceso de costos, lo cual impedía el enganche de nuevos trabajadores. De esta manera se amplió la jornada de trabajo para dar cabida a dos turnos. La noche se hizo día para extraer un mayor producto a menor costo para los empleadores, mientras se deterioran las condiciones económicas de los trabajadores y la calidad del empleo.” (subrayas fuera del texto)

La legislación anterior, Art. 179 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado en virtud del Art. 12 del Decreto-Ley 2351 de 1965 y el Art. 29 de la Ley 50 de 1990, establecía una remuneración correspondiente a domingos y festivos equivalente al 100%, frente al 75% actual, donde se evidencia el desconocimiento de la obligación de no regresividad consagrada en el Art. 5 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales PIDESC, integrante del bloque de constitucionalidad en virtud del Art. 93 de la Constitución de 1991, el cual consagra

⁶⁰*Ibidem* 57-58. Referencia cruzada en negrillas. Universidad Nacional de Colombia, Centro de Investigaciones para el Desarrollo, Evaluación reforma laboral (Ley 789 de 2002), Bogotá, 2007, 11.



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

que los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso de la República, que reconocen derechos humanos y prohíben su limitación en estados de excepción prevalecen en el ordenamiento jurídico.

5.3. ART. 28 DE LA LEY 789 DE 2002

ART. 28. “TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO DE TRABAJO SIN JUSTA CAUSA. *El artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 6o. de la Ley 50 de 1990, quedará así:*

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

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

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

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

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

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



CENTRO COLOMBIANO
DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

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, tuvieran diez (10) o más años al servicio continuo del empleador, se les aplicará la tabla de indemnización establecida en los literales b), c) y d) del artículo 6o. de la Ley 50 de 1990, exceptuando el parágrafo transitorio, el cual se aplica únicamente para los trabajadores que tenían diez (10) o más años el primero de enero de 1991.” (énfasis fuera del texto)

Los enunciados jurídicos demandados del Art. 28 de la Ley 789 de 2002 vulneran las siguientes normas superiores en virtud de los siguientes cargos específicos y razones:

5.3.1. Vulneración del Art. 2 de la Constitución Política.

Art. 2. “Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.” (subrayas fuera del texto)

Los enunciados jurídicos demandados del Art. 28 de la Ley 789 de 2002 vulneran el Art. 2 de la constitución, toda vez que el Estado tiene la obligación de garantizar la efectividad de los principios. En razón a este mandato, su aplicación no debe depender de las condiciones económicas o sociales del Estado, más aún si se trata de derechos sociales fundamentales, teniendo en cuenta que los Principios de No Regresividad, Proporcionalidad, Solidaridad y Equilibrio de Cargas Públicas, tienen el estatus de normas jurídicas prevalentes. Si bien es cierto que la Corte Constitucional ha aceptado la regresividad del Art. 28 de la Ley 789 de 2002 según jurisprudencia citada en esta acción de inconstitucionalidad, también es cierto que debe asegurar el respeto a la Constitución como norma de normas. En este caso la indemnización que reconoce el Art. 28 de la Ley 789 de 2002 a la terminación unilateral del contrato a término indefinido por parte del empleador, reconociendo unas cuantías distintas a las de la legislación anterior, está vulnerando el fin esencial del Estado de garantizar la efectividad de los principios, en esta oportunidad el principio jurídico constitucional de no regresividad, al reducir el valor de la misma además de no reconocer la antigüedad en favor de realizar una distinción según se trate de salarios de menos o más de 10 smlmv.



CENTRO COLOMBIANO
DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

5.3.2. Vulneración Art. 5 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales PIDESC

Art. 5. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

“1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de reconocer derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos o libertades reconocidos en el Pacto, o a su limitación en medida mayor que la prevista en él.

2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.” (subrayas fuera del texto)

Los enunciados jurídicos demandados del Art. 28 de la Ley 789 de 2002 vulneran el principio de no regresividad desconociendo el Art. 5 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que integra el bloque de constitucionalidad en virtud del Art. 93 de la Constitución. La legislación anterior, Art. 64 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado en virtud del Art. 8º del Decreto-Ley 2351 de 1965, y del Art. 6º de la Ley 50 de 1990 numeral 4º, establecía que se tendría en cuenta la antigüedad en el monto de la indemnización por despido sin justa causa, resultando regresiva la nueva legislación.

Adicionalmente, no existe razonabilidad en la flexibilización del régimen de despido sin justa causa en los contratos a término indefinido en tanto que esa forma de despido no cumple con el objetivo para el cual fue creada la Ley 789 de 2002, esto es, generar empleo, en tanto las medidas consagradas para este fin no resultan adecuadas, necesarias ni proporcionales, por el contrario, lo que se ha evidenciado es la facilitación de la terminación unilateral de contratos laborales de los trabajadores por parte de los empleadores. En consecuencia, la flexibilización



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

laboral resulta un mecanismo carente de elementos de razonabilidad a efectos de la generación de empleo. Adicional a lo anterior, es deber del Estado asegurar que la legislación no sea regresiva en virtud de los enunciados constitucionales que se complementan con los tratados internacionales ratificados por el Congreso de la República relativos a derechos humanos que no puedan limitarse en estados de excepción. En tal virtud, se ha reconocido el derecho al trabajo, siendo este desconocido cuando una legislación regresiva se aplica derogando una anterior que consagraba mayores garantías a los trabajadores. Ello ocurre con el Art. 28 de la Ley 789 de 2002, que regula la indemnización por despido unilateral sin justa causa en contratos a término indefinido. En este sentido el Informe de la Comisión Colombiana de Juristas⁶¹ expresa:

“De otro lado, el artículo 28 de la ley 789 de 2002 modificó el monto de la indemnización por despido sin causa justificada en los contratos a término indefinido, prevista en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo (CST), norma del Código que ya había sido incluso modificada por la ley 50 de 1990, en el sentido de flexibilizar la estabilidad y permanencia en el empleo. Antes de la ley 50 de 1990 el trabajador(a) despedido sin justa causa tenía derecho al reintegro. La ley 50 de 1990 modificó el artículo 64 del CST permitiendo tal despido mediante el pago de una indemnización “tarifada”, definida conforme al tiempo de vinculación. De esta manera, con la reforma de 1990 se admitió el despido injustificado en la legislación nacional, con una excepción transitoria prevista para quienes, al momento de entrar en vigencia la ley 50 de 1990, tuvieran 10 o más años de servicios, caso en el cual se mantenía la posibilidad de solicitar el reintegro.

Al respecto, la ley 789 de 2002 modificó el régimen de la indemnización por despido sin justa causa, estableciendo una distinción entre dos rangos salariales: (1) quienes devenguen menos de diez salarios mínimos tendrán una indemnización equivalente a treinta días de salario por el primer año (o fracción menor a un año), y veinte días adicionales por cada año subsiguiente al primero; (2) quienes tengan un salario igual o superior a

⁶¹ *Ibidem* 58 - 59. Incluye citas 124 - 125 del Informe de la Comisión Colombiana de Juristas (2010)



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

diez salarios mínimos legales mensuales vigentes tendrán derecho a una indemnización equivalente a veinte días de salario por el primer año (o fracción menor a un año) y quince días adicionales por cada año subsiguiente al primero. De esta manera, el monto de la indemnización ya no se establece en función de la antigüedad de la vinculación, vale decir, del tiempo de prestación de los servicios, sino que ahora el valor de la indemnización depende de la ubicación de los ingresos del trabajador en uno de los dos rangos salariales previstos en la norma, separados por la barrera de los 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV). No obstante que el tiempo de servicios ya no es el criterio que determina el monto de la indemnización, el parágrafo del artículo 28 de la ley 789 de 2002 establece un régimen de transición para quienes al momento de la entrada en vigencia de esa legislación ya hubieren cumplido 10 años de servicios, para quienes se mantendrá la indemnización de 45 días por el primer año de servicios y 40 por cada año posterior al primero, prevista en la norma vigente del Código Sustantivo del Trabajo antes de la reforma de 2002. (subrayas fuera del texto: corresponden a las citas 124 y 125 del Informe respectivamente)

En este orden de ideas, se evidencia vulneración al principio de no regresividad al disminuir el valor de la indemnización por terminación del contrato de trabajo unilateralmente por parte del empleador sin justa causa en los contratos a término indefinido, diferenciando los trabajadores que devenguen menos de diez salarios mínimos, quienes tendrán una indemnización equivalente a treinta días de salario por el primer año (o fracción menor a un año), y veinte días adicionales por cada año subsiguiente al primero; y los que tengan un salario igual o superior a diez salarios mínimos legales mensuales vigentes tendrán derecho a una indemnización equivalente a veinte días de salario por el primer año (o fracción menor a un año) y quince días adicionales por cada año subsiguiente al primero. De esta manera, para determinar el monto de la indemnización no se tiene en cuenta la antigüedad de la vinculación. Resulta de este contraste normativo la regresividad en referencia a la legislación anterior, Art. 64 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado en virtud del Art. 8º del Decreto-Ley 2351 de 1965, y del Art. 6º de la Ley 50 de 1990 numeral 4º.



CENTRO COLOMBIANO
DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

5.4. ART. 30 DE LA LEY 789 DE 2002

ART. 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 de 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.



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

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 pénsum de su carrera profesional, o que curse el semestre de práctica. En



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

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.” (énfasis fuera del texto)

Los enunciados jurídicos demandados (subrayados) del Art. 30 de la Ley 789 de 2002 vulneran las siguientes normas superiores en virtud de las ulteriores razones específicas:

5.4.1. Vulneración Art. 1 de la Constitución Política.

Art. 1. *“Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.” (subrayas fuera del texto)*

Los enunciados jurídicos demandados del Art. 30 de la Ley 789 de 2002 vulneran el Art. 1 de la Constitución Política, toda vez que en la definición constitucional del Estado se propende por el trabajo y la solidaridad de las personas que lo integran, de tal suerte que dicha solidaridad se ve menoscabada con una norma regresiva como la demandada. Esta condición de regresividad, reconocida por la misma Corte Constitucional en Sentencia C-038 de 2004, pese a que tenía como fin la generación de empleo, impuso una carga excesiva a los trabajadores, lo cual afectó su remuneración. Se trata entonces como especiales los contratos de aprendizaje, que por su naturaleza tienen los mismos elementos de los contratos laborales. Así la Ley 789 de 2002 ha permitido que no se remunere entonces salario y prestaciones,



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

situación que afecta a quienes laboran en esta modalidad. Específicamente los enunciados jurídicos demandados del Art. 30 de la Ley 789 de 2002 vulneran el trabajo, elemento fundante del Estado, consagrado en el Art. 1 de la Carta, en tanto el apoyo de sostenimiento mensual de los aprendices corresponde a una menor suma que si se tratara de salario, a un trabajo igual. A su vez los enunciados demandados vulneran la solidaridad este principio consiste en tener en cuenta el compromiso de todos los sectores en el cumplimiento de los fines del Estado, principalmente los sectores de mayores recursos económicos, debiendo los aprendices aportar un trabajo igual que el de los demás trabajadores con una menor remuneración, del mismo modo disminuyendo los egresos de los empleadores en estos contratos.

5.4.2. Vulneración Art. 2 de la Constitución Política

Art. 2. “Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.” (subrayas fuera del texto)

Los enunciados jurídicos demandados del Art. 30 de la Ley 789 de 2002 vulneran el Art. 2 de la Constitución Política, específicamente en lo atinente al deber que tiene el Estado de garantizar la efectividad de los principios, teniendo en cuenta que los de No Regresividad, Proporcionalidad, Solidaridad y Equilibrio de Cargas Públicas, son principios que debe tener el estatus de normas jurídicas prevalentes y su aplicación no debe depender de las condiciones económicas del Estado, como



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

ocurre con las directrices. Es claro que la Corte Constitucional en Sentencia C-038 de 2004 ha reconocido la regresividad de las normas demandadas en esta acción, siendo su defender la Constitución Política brindando valor jurídico al principio de no regresividad.

5.4.3. Vulneración Art. 25 de la Constitución Política.

Art. 25. *“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.”* (subrayas fuera del texto)

Los enunciados jurídicos demandados del Art. 30 de la Ley 789 de 2002 vulneran el Art. 25 de la Constitución Política, específicamente en lo atinente al deber que tiene el Estado de garantizar la efectividad de los Principios, teniendo en cuenta que los de No Regresividad, Proporcionalidad, Solidaridad y Equilibrio de Cargas Públicas, son principios que deben tener el estatus de normas jurídicas prevalentes y su aplicación no debe depender de las condiciones económicas del Estado. En consecuencia, ésta modalidad de contrato de aprendizaje no está teniendo la especial protección del Estado, el cual en virtud de las expresiones demandadas del Art. 30 de la Ley 789 de 2002 establece una regresividad que desconoce las garantías de los aprendices, toda vez que en la legislación anterior, este contrato se encontraba consagrado como un contrato de trabajo y era consecuentemente remunerado, y con la expedición de la Ley 789 de 2002 cambió su naturaleza, afectando, como se dijo anteriormente, las garantías que tenían los aprendices, en cuanto a la remuneración y a la forma. No cuentan ahora con el reconocimiento de las prestaciones sociales al desnaturalizarse el contrato de aprendizaje, teniendo un carácter de contrato especial. Las expresiones demandadas del Art. 30 de la Ley 789 de 2002 se traducen en vulneración del deber del Estado de otorgar especial protección al trabajo, que consagra el Art. 25 de la Constitución, en tanto a los aprendices no se les reconoce la misma remuneración que a los demás trabajadores por idéntico trabajo, siendo una regulación que vulnera el salario mínimo legal mensual.



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

5.4.4. Vulneración Art. 53 de la Constitución Política.

Art. 53. *“El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:*

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.” (subrayas fuera del texto)

Los enunciados jurídicos demandados del Art. 30 de la Ley 789 de 2002 vulneran el Art. 53 de la Constitución Política en tanto disminuyen las garantías que tenían los aprendices con la legislación anterior, y en virtud de consagración constitucional la ley no puede menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores, resultado de un contrato especial de aprendizaje que no les reconoce sus prestaciones sociales. Se evidencia en consecuencia que la Ley 789 de 2002 vulnera el principio de no regresividad, dado que estos beneficios se encontraban



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

en la legislación anterior aplicable a estos trabajadores, que permitía a los aprendices laborar en virtud de contratos que tenían beneficios prestacionales equivalentes a los de un contrato de trabajo.

5.4.5. Vulneración Art. 5 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales PIDESC

Art. 5. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido

de reconocer derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos o libertades reconocidos en el Pacto, o a su limitación en medida mayor que la prevista en él.

2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.” (subrayas fuera del texto)

Adicionalmente los enunciados jurídicos demandados del Art. 30 de la Ley 789 de 2002 infringe el principio de no regresividad que encuentra consagración en el Art. 5 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales PIDESC, en tanto está desconociendo el carácter de contrato de trabajo al contrato de aprendizaje y los beneficios que este tipo de contrato representaba representaba para los trabajadores en referencia al mínimo vital y calidad de vida, siendo el caso de la protección del salario, que encontraba consagración en la legislación anterior, Art. 81 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado en virtud del Art. 1º de la Ley 188 de 1959.



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

El Informe sobre la prohibición de regresividad en derechos económicos, sociales y culturales en Colombia de la Comisión Colombiana de Juristas⁶² resalta la regresividad en la regulación del contrato de aprendizaje:

“[...] la ley 789 de 2002 redujo la extensión de las garantías salariales y prestacionales de los aprendices. En efecto, los artículos 30 y siguientes de la reforma modificaron las características del contrato de aprendizaje, así:

1. *Cambió la definición del contrato de aprendizaje, restándole el carácter laboral, disponiendo por ejemplo que en ningún caso podrá hablarse de salario (contrario a lo que hacía la disposición anterior) sino que los aprendices tendrán derecho a un “apoyo de sostenimiento mensual”.*
2. *Conforme a la ley 789 de 2002, este “apoyo de sostenimiento mensual” será el equivalente al 50% del salario mínimo legal vigente durante la etapa lectiva y al 75% del mismo en la fase práctica. Al respecto, la norma derogada disponía que el salario del aprendiz sería acordado por las partes, pero que en todo caso no podría ser inferior al 50% del mínimo convencional o del que se pague en la respectiva empresa para los trabajadores que desempeñen el mismo oficio o uno equivalente.*
3. *Desconoce el derecho de negociación colectiva de los aprendices, al disponer expresamente que “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”.*
4. *La norma derogada disponía que el contrato de aprendizaje debía ser escrito y que en él se debían precisar las condiciones de la vinculación, pues en caso contrario los servicios del aprendiz se entenderían regulados por las normas del contrato de trabajo. La ley 789 derogó esta disposición y no incluyó ninguna disposición supletoria semejante.*

⁶² *Ibidem.* 61 - 62.



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

5. *El artículo 1 del decreto 933 de 2003, dictado por el Gobierno nacional para regular las disposiciones sobre el contrato de aprendizaje previstas en la ley 789 de 2002, señala expresamente que éste no supone subordinación, la cual constituye una condición necesaria para la configuración de una relación laboral.”*

Resulta esencial resaltar que el contrato de aprendizaje desvirtúa la prestación de un servicio de carácter laboral con la justificación de que el aprendiz está adquiriendo experiencia, afectando el mínimo vital y móvil de los aprendices. A su vez la legislación anterior, Art. 81 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado en virtud del Art. 1º de la Ley 188 de 1959, establecía “Art. 1º. *El nuevo texto es el siguiente: Art. 81. Definición. Contrato de aprendizaje es aquel por el cual un empleado se obliga a prestar servicio a un empleador, a cambio de que éste le proporcione los medios para adquirir formación profesional metódica y completa del arte u oficio para cuyo desempeño ha sido contratado, por un tiempo determinado, y le pague el salario convenido*”. Esto evidencia el desconocimiento del principio de no regresividad que encuentra consagración en el Art. 5 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales PIDESC, el cual integra el bloque de constitucionalidad en virtud del Art. 93 de la Constitución Política de 1991.

5.5. ART. 31 DE LA LEY 789 DE 2002

ART. 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*



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

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 5o. 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 ejemplo: 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.
(énfasis fuera del texto)

Los enunciados jurídicos demandados (subrayados) del Art. 31 de la Ley 789 de 2002 vulneran las siguientes normas superiores en virtud de las ulteriores razones específicas:



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

5.5.1. Vulneración Art. 1 de la Constitución Política.

Art. 1. “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.” (subrayas fuera del texto)

Los enunciados jurídicos demandados del Art. 31 de la Ley 789 de 2002 vulneran el Art. 1 de la Constitución Política, toda vez que en la definición constitucional del Estado se propende por el trabajo y la solidaridad de las personas que lo integran, de tal suerte que dicha solidaridad se ve menoscabada con una norma regresiva como la demandada. Esta condición fue aceptada por la misma Corte Constitucional en Sentencia C-038 de 2004, y aunque fue expedida con un fin loable que era generar empleo, se evidenció que con esta norma se impuso una carga excesiva a los trabajadores, disminuyendo y afectando los ingresos que reciben. En el caso específico de los enunciados jurídicos demandados se establece que en el contrato de aprendizaje el apoyo de sostenimiento mensual de los aprendices, que en la legislación anterior tenía el carácter legal de salario, en ningún caso podrá ser regulado a través de convenios o contratos colectivos o fallos arbitrales recaídos en una negociación colectiva. Es así entonces que la Ley 789 de 2002 establece la desprotección a los aprendices limitando este apoyo de sostenimiento a las directrices legislativas que resultan regresivas. Adicionalmente la ley no le impone al Estado y a los empleadores una carga proporcional en relación a la carga que le asigna a los trabajadores, vulnerando en consecuencia el principio de equilibrio de cargas públicas.

5.5.2. Vulneración Art. 2 de la Constitución Política.

Art. 2. “Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política,



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.” (subrayas fuera del texto)

Los enunciados jurídicos demandados del Art. 31 de la Ley 789 de 2002 vulneran el Art. 2 de la Constitución Política específicamente en lo atinente al deber que tiene el Estado de garantizar la efectividad de los principios, teniendo en cuenta que los de No Regresividad, Proporcionalidad, Solidaridad y Equilibrio de Cargas Públicas, son principios que deben tener el estatus de normas jurídicas prevalentes y su aplicación no debe depender de las condiciones económicas del Estado como si se tratara de directrices. Es claro que la misma Corte Constitucional en Sentencia C-038 de 2004 ha reconocido la regresividad de las normas demandadas en esta acción, siendo su deber defender la Constitución Política brindando valor al principio de no regresividad.

5.5.3. Vulneración Art. 25 de la Constitución Política

Art. 25. “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.” (subrayas fuera del texto)

Los enunciados jurídicos demandados del Art. 31 de la Ley 789 de 2002 vulneran el Art. 25 de la Constitución Política en tanto esta modalidad de contrato de aprendizaje no está obteniendo la especial protección del Estado, en tanto que establece una regresividad que desconoce las garantías de los aprendices en un contrato que en la legislación anterior se consideraba de trabajo. En consecuencia, los aprendices no cuentan con la remuneración de las prestaciones sociales,



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

desnaturalizando el contrato de aprendizaje en tanto se convierte en un contrato especial que no reconoce los beneficios de un contrato de trabajo a los aprendices.

5.5.4. Vulneración Art. 53 de la Constitución Política.

Art. 53. *“El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:*

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

El Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores. (subrayas fuera del texto)

Los enunciados jurídicos demandados del Art. 31 de la Ley 789 de 2002 vulneran el Art. 53 de la Constitución Política en tanto disminuyen las garantías que tenían los aprendices con la legislación anterior, y en virtud de consagración constitucional la ley no puede menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

trabajadores, resultado de un contrato especial de aprendizaje que no les reconoce sus prestaciones sociales. Se evidencia que la Ley 789 de 2002 vulnera el principio de no regresividad, dado que estos beneficios se encontraban en la legislación anterior, que permitía a los aprendices laborar en virtud de contratos que tenían los beneficios prestacionales correspondientes al contrato de trabajo.

5.5.5. Vulneración Art. 5 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales PIDESC

Art. 5. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

“1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de reconocer derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos o libertades reconocidos en el Pacto, o a su limitación en medida mayor que la prevista en él.”

2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.” (subrayas fuera del texto)

Los enunciados jurídicos demandados del Art. 31 de la Ley 789 de 2002 desconocen el principio de no regresividad que consagra el Art. 5 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, integrante del bloque de constitucionalidad en virtud del Art. 93 de la Constitución Política, ya que niega a los aprendices que el apoyo de sostenimiento mensual se regule a través de convenios, contratos colectivos o fallos arbitrales de negociación colectiva, contrario a lo establecido en la legislación anterior, Art. 81 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado en virtud del Art. 1º de la Ley 188 de 1959.



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

El *Informe sobre la prohibición de regresividad en derechos económicos, sociales y culturales en Colombia* de la Comisión Colombiana de Juristas⁶³ resalta la regresividad en la regulación del contrato de aprendizaje:

“[...] la ley 789 de 2002 redujo la extensión de las garantías salariales y prestacionales de los aprendices. En efecto, los artículos 30 y siguientes de la reforma modificaron las características del contrato de aprendizaje, así:

[...]

- 3. Desconoce el derecho de negociación colectiva de los aprendices, al disponer expresamente que “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. [...]”*

Resulta esencial nuevamente resaltar que el contrato de aprendizaje desvirtúa la prestación de un servicio de carácter laboral, afectando el mínimo vital y móvil de los aprendices a cambio de un aumento de experiencia. En este orden de ideas los empleadores no están mejorando el mínimo vital y móvil de los trabajadores. La legislación anterior, Art. 81 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado en virtud del Art. 1º de la Ley 188 de 1959, establecía “Art. 1º. El nuevo texto es el siguiente: Art. 81. Definición. Contrato de aprendizaje es aquel por el cual un empleado se obliga a prestar servicio a un empleador, a cambio de que éste le proporcione los medios para adquirir formación profesional metódica y completa del arte u oficio para cuyo desempeño ha sido contratado, por un tiempo determinado, y le pague el salario convenido”. Esto pone en evidencia el desconocimiento del principio de no regresividad consagrado en el Art. 5 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales PIDESC, integrante del bloque de constitucionalidad en virtud del Art. 93 de la Constitución Política de 1991.

5.6. ART. 51 DE LA LEY 789 DE 2002

⁶³ *Ibidem*. 61 - 62.



CENTRO COLOMBIANO
DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

ART. 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.” (énfasis fuera del texto)

Los enunciados jurídicos demandados (subrayados) del Art. 51 de la Ley 789 de 2002 vulneran las siguientes normas superiores en virtud de las ulteriores razones específicas:

5.6.1. Vulneración Art. 1 de la Constitución Política.

Art. 1. *“Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general” (subrayas fuera del texto).*



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

Los enunciados jurídicos demandados del Art. 51 de la Ley 789 de 2002 vulneran el Art. 1 de la Constitución en tanto señalan: *“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 pm”*, pues al aumentar la jornada ordinaria, se evidencia una regresión de la norma que desmejora las condiciones laborales de los trabajadores, por cuanto los recargos nocturnos que se les reconocía a partir de las 6 de la tarde con la Ley anterior, ya solo se les reconoce a partir de las 10 de la noche, lo que evidencia la desmejora en las condiciones laborales. Esto en concordancia con las razones específicas anteriormente enunciadas en referencia al Art. 25 de la Ley 789 de 2002, donde se establece que la jornada ordinaria laboral será de 6:00am a 10:00pm, estando la eventual declaratoria de inexecutable del citado Art. 25 ligada inexorablemente a la declaratoria de inexecutable del Art. 51 de la Ley 789 de 2002 al consagrar la misma jornada ordinaria.

Adicionalmente, el enunciado acusado de inconstitucionalidad desconoce los fines esenciales del Estado en tanto restringe los beneficios de la legislación anterior a los trabajadores al ampliar la jornada diurna hasta las 10:00 de la noche, contrariando el Estado Social de Derecho y la protección especial que el Estado debe brindar a los trabajadores. Esto en razón que los derechos laborales, al tener carácter de derechos sociales fundamentales según se ha argumentado en esta acción de inconstitucionalidad, deben tener especial protección y no deben ser desconocidos en leyes ulteriores a menos que el legislador asuma la carga argumentativa que demuestre la razonabilidad de tales medios en relación a la afectación que genera la norma regresiva. De otro lado, las cargas públicas se imponen en contra de la parte débil de la relación laboral, evidenciando una protección a los empleadores cuando la obligación es la de proteger a los trabajadores. Esta realidad vulnera adicionalmente el principio de solidaridad, en virtud del cual se integra a los particulares, en una sumatoria de esfuerzos, al propósito de materializar las políticas que buscan el logro de fines sociales a cargo del Estado y sus entidades en una fundamental cooperación.

5.6.2. Vulneración Art. 2 de la Constitución Política.



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

Art. 2. *“Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.*”

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.” (subrayado fuera del texto)

Los enunciados jurídicos demandados del Art. 51 de la Ley 789 de 2002 vulneran el Art. 2 de la Constitución Política en cuanto se evidencia una regresión de la norma que desmejora las condiciones laborales de los trabajadores, vulnerando de esta manera el principio de no regresividad, en razón que los recargos nocturnos que se les reconocía a partir de las 6 de la tarde con la Ley anterior, ya solo se les reconoce a partir de las 10 de la noche. Ello evidencia la desmejora en las condiciones laborales. Esto en concordancia con las razones específicas anteriormente enunciadas en referencia al Art. 25 de la Ley 789 de 2002.

Adicionalmente, el enunciado acusado de inconstitucionalidad desconoce los fines esenciales del Estado en tanto restringe los beneficios de la legislación anterior respecto de las consagraciones del literal d) del Art. 161 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado en virtud del Art. 1º de la Ley 6ª de 1981 y del Art. 20 de la Ley 50 de 1990, antes de ser modificado en virtud del Art. 51 de la Ley 789 de 2002, a los trabajadores al establecer la jornada diurna hasta las 10:00 de la noche, contrariando el Estado Social de Derecho y la protección especial que el Estado debe brindar a los trabajadores. Esto en razón que los derechos laborales, al tener carácter de derechos sociales fundamentales según se ha argumentado en esta acción de inconstitucionalidad, deben tener especial protección y no deben ser desconocidos en leyes ulteriores a menos que el legislador demuestre a la Corte



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

Constitucional la razonabilidad de tales medios a efectos de lograr unos objetivos determinados acordes al bienestar general. De otro lado, las cargas públicas se imponen únicamente a la parte débil de la relación laboral, observándose un propósito proteccionista a favor de los empleadores que prevalece de manera desproporcionada sobre los derechos de los trabajadores, realidad que vulnera el principio de solidaridad, en virtud del cual se debe integrar a los particulares en una sumatoria de esfuerzos o firme cooperación, con el fin de materializar las políticas que buscan el logro de fines sociales a cargo del Estado y sus entidades.

5.6.3. Vulneración Art. 25 de la Constitución Política

Art. 25. *“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.”* (subrayas fuera del texto)

Los enunciados jurídicos demandados del Art. 51 de la Ley 789 de 2002 vulneran el Art. 25 de la Constitución Política al aumentar la jornada ordinaria, lo que contraría el principio de no regresividad, toda vez que desmejora las condiciones laborales de los trabajadores en tanto los recargos nocturnos que se les reconocía a partir de las 6 de la tarde con la Ley anterior, ya solo se les reconoce a partir de las 10 de la noche, afectando su remuneración. Esto en concordancia con las razones específicas enunciadas del Art. 25 de la Ley 789 de 2002. En este orden de ideas, los enunciados jurídicos demandados del Art. 25 de la Ley 789 de 2002 vulneran el Art. 25 de la Constitución Política en tanto desconocen la especial protección que el Estado debe brindar al trabajo, toda vez que se amplía la jornada diurna hasta las 10:00 pm, desapareciendo el horario nocturno de 6:00 pm a 10:00 pm existente en la legislación anterior. Según el Art. 25 de la Constitución Política, el trabajo es un derecho y una obligación social cuya especial protección se está desconociendo, en tanto el Art. 25 de la Ley 789 de 2002 considera legislativamente diurnas horas de trabajo que en la legislación anterior tenían carácter de nocturnas, debiendo ser remuneradas en tal virtud. La especial protección del Estado en este sentido se encuentra vinculada al principio de no regresividad, toda vez que la legislación



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

anterior reconocía un horario laboral nocturno de 6:00 pm a 6:00 am, lo que mejoraba la remuneración salarial y el mínimo vital de los trabajadores.

No se están dando las condiciones justas en tanto la jornada laboral flexible que consagra el Art. 51 de la Ley 789 de 2002 enuncia que no habrá lugar a recargos siempre que se trate de horas laboradas comprendidas en el horario de 6:00 am a 10:00 pm, ya que se amplía la jornada diurna hasta las 10:00 pm. En este orden de ideas, no resulta proporcional que se remunere como horas laborales diurnas, horas que tenían carácter de nocturnas en la legislación anterior, esto es de 6:00 pm a 10:00 pm. En consecuencia, según el Art. 25 de la Constitución Política, el trabajo es un derecho y una obligación social cuya especial protección se desconoce en tanto el Art. 25 de la Ley 789 de 2002 considera legislativamente diurnas horas de trabajo que anteriormente eran nocturnas, debiendo ser remuneradas en tal virtud.

5.6.4. Vulneración Art. 53 de la Constitución Política.

Art. 53. *“El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:*

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.” (subrayas fuera del texto)

Los enunciados jurídicos demandados del Art. 51 de la Ley 789 de 2002 vulneran el Art. 53 de la Constitución Política, en tanto la ley no puede menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores, al desconocer el carácter de derecho social fundamental del derecho al trabajo. Es inconstitucional una ley que a fin de lograr metas de generación de empleo, afecte únicamente los intereses de la parte débil de la relación laboral, esto es, los trabajadores, quienes se ven afectados en su remuneración salarial y mínimo vital con la ampliación de la jornada diurna de 6:00 am a 10:00 pm establecida con la Ley 789 de 2002.

5.6.5. Vulneración Art. 5 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales PIDESC

Art. 5. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

“1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de reconocer derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos o libertades reconocidos en el Pacto, o a su limitación en medida mayor que la prevista en él.

2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.” (subrayas fuera del texto)

El Art. 51 de la Ley 789 de 2002 vulnera la obligación de no regresividad que encuentra consagración en el Art. 5 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que integra el bloque de constitucionalidad en virtud del Art. 93 de la Constitución. Esto en razón que la legislación anterior, Art. 161 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado en virtud del Art. 1º de la Ley 6ª de 1981 y del Art. 20 de la Ley 50 de 1990, no contemplaba una jornada ordinaria de 6:00 am a 10:00 pm.

Se evidencia un retroceso en referencia a la legislación anterior, Art. 161 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado en virtud del Art. 1º de la Ley 6ª de 1981 y del Art. 20 de la Ley 50 de 1990, que no contemplaba una jornada ordinaria de 6:00am a 10:00pm. A su vez se desconoce el principio de solidaridad en virtud del cual empleadores y trabajadores deben tener unos beneficios derivados de una justa repartición de utilidades equivalente al trabajo y capital que ambos sectores aportan. Finalmente el Art. 51 de la Ley 789 de 2002 desconoce la obligación de no regresividad toda vez que se está disminuyendo los recargos de los trabajadores en la jornada flexible estableciendo que en las horas de trabajo diurno no habrá lugar a recargos extra si se encuentra dentro de las 48 horas de trabajo a la semana, horas que anteriormente de 6:00 pm a 6:00 am eran nocturnas. Esto a efectos de incrementar el empleo, siendo ese el objetivo inicial de la Ley 789 de 2002.

5.7. ART. 1º DE LA LEY 1846 DE 2017

Art. 1. 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 veintiún horas (9:00 p.m.).

2. Trabajo nocturno es el comprendido entre las veintiún horas (9:00 p.m.) y las seis horas (6:00 a.m.). (énfasis fuera del texto)



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

Los enunciados jurídicos demandados (subrayados) del Art. 1 de la Ley 1846 de 2017 vulneran las siguientes normas superiores en virtud de las ulteriores razones específicas:

5.7.1. Vulneración del Art. 1 de la Constitución Política.

Art. 1. “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.” (subrayado fuera del texto)

Los enunciados jurídicos demandados del Art. 1 de la Ley 1846 de 2017 desconocen el derecho al trabajo y la solidaridad, que constituyen fundamentos del Estado social de derecho que consagra el Art. 1 de la Constitución. Esto en tanto se disminuye, respecto de las consagraciones del Art. 160 del Código Sustantivo del Trabajo antes de su modificación en virtud del Art. 25 de la Ley 789 de 2002, los ingresos de los trabajadores al ampliar la jornada diurna hasta las 9:00 de la noche, contrariando la protección especial que el Estado debe brindar a la clase trabajadora. De tal suerte, los derechos laborales, al tener carácter de derechos sociales fundamentales, deben ser protegidos y únicamente pueden ser desconocidos mediante leyes ulteriores con ciertos límites claramente advertidos por la Corte Constitucional en tanto que impone al legislador una argumentación estricta y razonable de las razones que justifican tales afectaciones. De otro lado, las cargas públicas dirigidas a la satisfacción del interés general de promover la generación de empleo se asignan a la parte débil de la relación laboral, observando un criterio de protección a los empleadores en detrimento de los derechos de los trabajadores, lo que vulnera el principio de solidaridad, en virtud del cual existe la necesidad de integrar a todos los particulares en la ejecución de las políticas encaminadas al logro de los fines sociales.

5.7.2. Vulneración del Art. 2 de la Constitución Política



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

Art. 2. *“Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.*

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.” (subrayas fuera del texto)

Los enunciados jurídicos demandados del Art. 1 de la Ley 1846 de 2017 vulneran el Art. 2 de la Constitución Política en cuanto al deber que tiene el Estado de garantizar la efectividad de los principios, teniendo en cuenta que los principios de No Regresividad, Proporcionalidad, Solidaridad y Equilibrio de las Cargas Públicas, son normas jurídicas que tienen el estatus de prevalentes, normas fundantes y fundamentadoras del ordenamiento jurídico y su aplicación no debe depender de las condiciones económicas del Estado, como ocurre con las directrices. El Art. 1 de la Ley 1846 de 2017 desmejora, respecto de las consagraciones del Art. 160 del Código Sustantivo del Trabajo antes de ser modificado en virtud del Art. 25 de la Ley 789 de 2002, las garantías de los trabajadores en referencia a la legislación anterior, debiendo éstos renunciar a los derechos sociales que establecían determinadas garantías, lo que no está asegurando el cumplimiento de los deberes sociales del Estado, resultando regresivo establecer un horario nocturno de 9:00pm a 6:00am.

5.7.3. Vulneración del Art. 25 de la Constitución Política.

Art. 25. *“El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene*



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.” (subrayas fuera del texto)

Los enunciados jurídicos demandados del Art. 1 de la Ley 1846 de 2017 vulneran el Art. 25 de la Constitución en tanto desconocen la especial protección que el Estado debe brindar al trabajo, toda vez que se amplía la jornada diurna hasta las 9:00 pm, desapareciendo el horario nocturno de 6:00 pm a 6:00 pm existente en el Art. 160 del Código Sustantivo del Trabajo antes de haber sido modificado en virtud del Art. 25 de la Ley 789 de 2002. Resulta entonces fundamental recordar que, según el Art. 25 de la Constitución Política, el trabajo es un derecho y una obligación social cuya especial protección se está desconociendo en tanto el Art. 1 de la Ley 1846 de 2017 considera legislativamente diurnas horas de trabajo que en la legislación anterior tenían carácter de nocturnas, debiendo ser remuneradas en tal virtud. La especial protección del Estado en este sentido se encuentra relacionada al principio de no regresividad, toda vez que la legislación anterior reconocía un horario laboral nocturno de 6:00 pm a 6:00 am, lo que mejoraba la remuneración y el mínimo vital de los trabajadores.

5.7.4. Vulneración del Art. 53 de la Constitución Política.

Art. 53. *“El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:*

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.” (subrayas fuera del texto)

Los enunciados jurídicos demandados del Art. 1 de la Ley 1846 de 2017 vulneran el Art. 53 de la Constitución Política, en tanto la ley no puede menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores, al desconocer el carácter de derecho social fundamental del derecho al trabajo. Es inconstitucional una ley que a fin de lograr metas de generación de empleo, afecte únicamente los intereses de la parte débil de la relación laboral, esto es los trabajadores, los cuales con la ampliación en la Ley 1846 de 2017 de la jornada diurna de 6:00 am a 9:00 pm, respecto de las consagraciones del Art. 160 del Código Sustantivo del Trabajo antes de ser modificado en virtud del Art. 25 de la Ley 789 de 2002, evidencian afectación de su remuneración salarial y mínimo vital, lo que constituye vulneración del Principio de Equilibrio de Cargas Públicas. Además de lo anterior, se infringe el Principio de Proporcionalidad en tanto no existe razonabilidad, como se demostró, entre medios y fin en los enunciados jurídicos demandados del Art. 1 de la Ley 1846 de 2017.

5.7.5. Vulneración del Art. 5 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales PIDESC

Art. 5. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

“1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de reconocer derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos o libertades reconocidos en el Pacto, o a su limitación en medida mayor que la prevista en él.

2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado." (subrayas fuera del texto)

Los enunciados jurídicos demandados del Art. 1 de la Ley 1846 de 2017 vulneran el principio de no regresividad y el art. 5 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que integra el bloque de constitucionalidad en virtud del Art. 93 de la Constitución Política. La legislación anterior al Art. 25 de la Ley 789 de 2002, Art. 160 del Código Sustantivo del Trabajo, establecía unos recargos de mayor cuantía que los del Art. 1 de la Ley 1846 de 2017 reconocidos a los trabajadores cuando laboraban en jornada nocturna y horas extras.

En este orden de ideas, las medidas consagradas en el Art. 25 de la Ley 789 de 2002 son regresivas, condición que fue aceptada por la Corte Constitucional en Sentencia C-038 de 2004, y aunque con el fin loable de generar empleo, impone la carga solo a los trabajadores, disminuyendo los ingresos percibidos por estos, extendiendo como diurna una jornada que tenía carácter de nocturna en la legislación anterior, desde las 6:00 pm hasta las 9:00 pm. El desconocimiento de ese recargo nocturno evidentemente no tuvo en cuenta las mayores cargas que deben asumir los trabajadores cuya jornada laboral se extiende más allá de las 6:00 pm, esto es, sobre costos de transporte, riesgo en su seguridad personal y disminución de la calidad de vida. La razón o la naturaleza del recargo nocturno es precisamente equilibrar las cargas de trabajadores y empleadores en este sentido. En ese orden de ideas, el Art. 160 del Código Sustantivo del Trabajo, legislación anterior al Art. 25 de la Ley 789 de 2002, establecía una serie de recargos de mayor cuantía reconocidos a los trabajadores cuando laboraban en jornada nocturna y horas extras, lo que pone en evidencia la vulneración de la obligación de no regresividad consagrada en el Art. 5 del Pacto Internacional de Derechos



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

Económicos, Sociales y Culturales, integrante del bloque de constitucionalidad en virtud del Art. 93 superior.

5.8. ART. 2 DE LA LEY 1846 DE 2017

ART. 2. *“El literal d) del artículo 161 del Código Sustantivo del Trabajo quedará así:*

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. Así, el número de horas de trabajo diario podrá repartirse de manera variable durante la respectiva semana teniendo como mínimo cuatro (4) horas continuas y como máximo 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 9 P.M.”

(énfasis fuera del texto)

Los enunciados jurídicos demandados (subrayados) del Art. 2 de la Ley 1846 de 2017 vulneran las siguientes normas superiores en virtud de las ulteriores razones específicas:

5.8.1. Vulneración Art. 1 de la Constitución Política.

Art. 1. *“Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.”* (subrayas fuera del texto)

Los enunciados jurídicos demandados del Art. 2 de la Ley 1846 de 2017 vulneran el Art. 1 de la Constitución en tanto señalan: *“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 9 pm”*, pues al aumentar la jornada ordinaria respecto de las consagraciones del literal d) del Art. 161 del Código Sustantivo del Trabajo,



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

modificado en virtud del Art. 1º de la Ley 6ª de 1981 y del Art. 20 de la Ley 50 de 1990, antes de ser modificado en virtud del Art. 51 de la Ley 789 de 2002, se evidencia una regresión de la norma que desmejora las condiciones laborales de los trabajadores, por cuanto los recargos nocturnos que se les reconocía a partir de las 6 de la tarde con la Ley anterior, ya solo se les reconoce a partir de las 9 de la noche, lo que evidencia la desmejora en las condiciones laborales. Esto en concordancia con las razones específicas anteriormente enunciadas en referencia al Art. 1 de la Ley 1846 de 2017, donde se establece que la jornada ordinaria laboral será de 6:00am a 9:00pm, estando la eventual declaratoria de inexecutable del citado Art. 1 ligada inexorablemente a la declaratoria de inexecutable del Art. 2 de la Ley 1846 de 2002 al consagrar la misma jornada ordinaria; debiendo ser declarada también la inexecutable de los Arts. 25 y 51 de la Ley 789 de 2002 a efectos de superar la vulneración del principio de no regresividad en tanto se debe reconocer los derechos derivados de la legislación anterior en los Arts. 160 y 161 literal d) del Código Sustantivo del Trabajo que establecían una jornada ordinaria de 6:00 a.m. a 6:00 p.m.

Adicionalmente, el enunciado acusado de inconstitucionalidad desconoce los fines esenciales del Estado en tanto restringe los beneficios de la legislación anterior respecto de las consagraciones del literal d) del Art. 161 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado en virtud del Art. 1º de la Ley 6ª de 1981 y del Art. 20 de la Ley 50 de 1990, antes de ser modificado en virtud del Art. 51 de la Ley 789 de 2002, a los trabajadores al establecer la jornada diurna hasta las 9:00 de la noche, contrariando el Estado Social de Derecho y la protección especial que el Estado debe brindar a los trabajadores. Esto en razón que los derechos laborales, al tener carácter de derechos sociales fundamentales según se ha argumentado en esta acción de inconstitucionalidad, deben tener especial protección y no deben ser desconocidos en leyes ulteriores a menos que el legislador demuestre a la Corte Constitucional la razonabilidad de tales medios a efectos de lograr unos objetivos determinados acordes al bienestar general. De otro lado, las cargas públicas se asignan únicamente a la parte débil de la relación laboral, observándose un criterio proteccionista de los derechos de los empleadores que prevalece de manera desproporcionada sobre los derechos de los trabajadores, realidad que vulnera el principio de solidaridad, en virtud del cual se debe integrar a los particulares, en una



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

sumatoria de esfuerzos o firme cooperación, con el objetivo de materializar las políticas que buscan el logro de fines sociales a cargo del Estado y sus entidades.

5.8.2. Vulneración Art. 2 de la Constitución Política.

Art. 2. *“Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.*

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.” (subrayado fuera del texto)

Los enunciados jurídicos demandados del Art. 2 de la Ley 1846 de 2017 vulneran el Art. 2 de la Constitución Política en cuanto se evidencia una regresión de la norma que desmejora las condiciones laborales de los trabajadores, vulneración del principio de no regresividad, en razón que los recargos nocturnos que se les reconocía a partir de las 6 de la tarde con la Ley anterior respecto de las respecto de las consagraciones del literal d) del Art. 161 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado en virtud del Art. 1º de la Ley 6ª de 1981 y del Art. 20 de la Ley 50 de 1990, antes de ser modificado en virtud del Art. 51 de la Ley 789 de 2002, ya solo se les reconoce a partir de las 9 de la noche, siendo clara la desmejora en las condiciones laborales. Esto en concordancia con las razones específicas anteriormente enunciadas en referencia al Art. 1 de la Ley 1846 de 2017.

Adicionalmente, en lo atinente al deber que tiene el Estado de garantizar la efectividad de los principios, teniendo en cuenta que la No Regresividad es un principio jurídico, y al igual que la Proporcionalidad, Equilibrio de Cargas Públicas y



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

la Solidaridad, debe tener el estatus de una norma prevalente y su aplicación no debe depender de las condiciones económicas o sociales del Estado. Nótese que el Art. 2 de la Ley 1846 de 2002 desmejora las garantías de los trabajadores en referencia a la legislación anterior respecto de las consagraciones del literal d) del Art. 161 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado en virtud del Art. 1º de la Ley 6ª de 1981 y del Art. 20 de la Ley 50 de 1990, antes de ser modificado en virtud del Art. 51 de la Ley 789 de 2002, debiendo éstos renunciar a los derechos sociales que les concedía ésta, lo que va en contra de los fines esenciales del Estado en cuanto a la protección a los trabajadores, dado que se suprime los recargos legales correspondientes cuando se labora después de las 6:00 pm hasta las 9:00 pm, además de otras renunciaciones que son los recargos de horas extras y/o nocturnas.

5.8.3. Vulneración Art. 25 de la Constitución Política.

Art. 25. “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.” (subrayas fuera del texto)

Los enunciados jurídicos demandados del Art. 2 de la Ley 1846 de 2017 vulneran el Art. 25 de la Constitución Política al aumentar la jornada ordinaria, lo que contraría el principio de no regresividad, toda vez que desmejora las condiciones laborales de los trabajadores en tanto los recargos nocturnos que se les reconocía a partir de las 6 de la tarde con la Ley anterior, respecto de las consagraciones del literal d) del Art. 161 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado en virtud del Art. 1º de la Ley 6ª de 1981 y del Art. 20 de la Ley 50 de 1990, antes de ser modificado en virtud del Art. 51 de la Ley 789 de 2002, ya solo se les reconoce a partir de las 9:00 de la noche, afectando su remuneración. Esto en concordancia con las razones específicas enunciadas del Art. 1 de la Ley 1846 de 2017.

No se están dando las condiciones justas en tanto la jornada laboral flexible que consagra el Art. 2 de la Ley 1846 de 2017 enuncia que no habrá lugar a recargos siempre que se trate de horas laboradas comprendidas en el horario de 6:00 am a 9:00 pm, ya que se establece la jornada diurna hasta las 9:00 pm, y no hasta las



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

6:00 pm. En este orden de ideas, no resulta proporcional que se remunerere en calidad de trabajo diurno horas laborales que tenían carácter de nocturnas en la legislación anterior, respecto de las consagraciones del literal d) del Art. 161 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado en virtud del Art. 1º de la Ley 6ª de 1981 y del Art. 20 de la Ley 50 de 1990, antes de ser modificado en virtud del Art. 51 de la Ley 789 de 2002, esto es de 6:00 pm a 6:00 pm. En consecuencia, según el Art. 25 de la Constitución Política, el trabajo es un derecho y una obligación social cuya especial protección se desconoce en tanto el Art. 2 de la Ley 1846 de 2017 considera legislativamente diurnas horas de trabajo que originalmente eran nocturnas, debiendo ser remuneradas en tal virtud.

5.8.4. Vulneración Art. 53 de la Constitución Política.

Art. 53. *“El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:*

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.” (subrayas fuera del texto)

Los enunciados jurídicos demandados del Art. 2 de la Ley 1846 de 2017 vulneran el Art. 53 de la Constitución Política, en tanto la ley no puede menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores, al desconocer el carácter de derecho social fundamental del derecho al trabajo. Es inconstitucional una ley que, a fin de lograr metas de generación de empleo, afecte únicamente los intereses de la parte débil de la relación laboral, esto es, los trabajadores, los cuales en virtud de modificación mediante la Ley 1846 de 2017 de la jornada ordinaria de 6:00 am a 9:00 pm, en vez de 6:00 am a 6:00 pm, evidencian afectación de su remuneración salarial y mínimo vital.

5.8.5. Vulneración Art. 5 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales PIDESC

Art. 5. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

“1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de reconocer derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos o libertades reconocidos en el Pacto, o a su limitación en medida mayor que la prevista en él.

2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.” (subrayas fuera del texto)

El Art. 2 de la Ley 1846 de 2017 vulnera la obligación de no regresividad que encuentra consagración en el Art. 5 del Pacto Internacional de Derechos



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

Económicos, Sociales y Culturales, que integra el bloque de constitucionalidad en virtud del Art. 93 de la Constitución. Esto en razón que la legislación anterior, respecto de las consagraciones del literal d) del Art. 161 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado en virtud del Art. 1º de la Ley 6ª de 1981 y del Art. 20 de la Ley 50 de 1990, antes de ser modificado en virtud del Art. 51 de la Ley 789 de 2002, no contemplaba una jornada ordinaria de 6:00 am a 9:00 pm.

Se evidencia un retroceso en referencia a la legislación anterior al Art. 51 de la Ley 789 de 2002, el Art. 161 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado en virtud del Art. 1º de la Ley 6ª de 1981 y del Art. 20 de la Ley 50 de 1990, que no contemplaba una jornada ordinaria de 6:00am a 9:00pm. A su vez se desconoce el principio de solidaridad en virtud del cual empleadores y trabajadores deben tener unos beneficios derivados de una justa repartición de utilidades equivalente al trabajo y capital que ambos sectores aportan. Finalmente, el Art. 2 de la Ley 1846 de 2017 desconoce la obligación de no regresividad toda vez que se está disminuyendo los recargos de los trabajadores en la jornada flexible estableciendo que en las horas de trabajo ordinario no habrá lugar a recargos extra si se encuentra dentro de las 48 horas de trabajo a la semana, horas que anterior al Art. 51 de la Ley 789 de 2002 y la reforma lograda en virtud del Art. 2 de la Ley 1846 del 18 de julio de 2017, de 6:00pm a 6:00am, eran nocturnas.

5.9. CONCLUSIÓN DE LOS CARGOS ESPECÍFICOS Y RAZONES DE LA IMPUGNACIÓN

En conclusión, las expresiones señaladas de los Arts. 25, 26, 28, 30, 31 y 51 de la Ley 789 de 2002 y los Art. 1 y 2 de la Ley 1846 de 2017 vulneran, a la luz de los fines y obligaciones impuestas por el Estado social de Derecho, los Principios de No Regresividad, Proporcionalidad, Solidaridad y Equilibrio de Cargas Públicas, así como importante jurisprudencia de la Corte Constitucional. En consecuencia, se solicita a la Corte Constitucional la declaratoria de inexecutable de los respectivos enunciados jurídicos demandados en virtud de las razones esgrimidas.

PETICIÓN RESPETUOSA DE DECRETO DE AUDIENCIA PÚBLICA



CENTRO COLOMBIANO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

Con la debida deferencia que merece el Honorable Magistrado sustanciador, petitionamos, de conformidad con el artículo 12 del Decreto 2067 de 1991 y en atención a la complejidad del tema sometido a juicio de constitucionalidad en la medida que toca con aspectos fundamentales de la vida económica, social e institucional del país, el decreto de una audiencia para que previa citación de un delegado de la OIT, representantes del gremio empresarial, de los trabajadores y de la academia, se discutan aspectos relacionados con la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas objeto del presente juicio.

PETICIÓN

De la manera más respetuosa solicitamos de la Honorable Corte Constitucional y en atención a los cargos generales y específicos formulados, lo siguiente:

Primero: Se declare la inconstitucionalidad por inexequibilidad del artículo 25 total y de los artículos 26, 28, 30, 31 y 51 de la Ley 789 de 2002 en sus apartes demandados.

Segundo: Se declare la inconstitucionalidad por inexequibilidad de los artículos 1 total y del artículo 2 de la Ley 1846 de 2017 en sus apartes demandados.

Tercero: Que de conformidad con el artículo 53 de la Constitución Política, se exhorte al Congreso de la República para que expida el Estatuto del Trabajo en el que se deberá incluir los tratados internacionales sobre derecho del trabajo y los principios jurídicos que protegen al trabajador.

COMPETENCIA

De acuerdo al artículo 241 de la Constitución Política, son competencias de la Corte Constitucional:

“4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su



**CENTRO COLOMBIANO
DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES**

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

contenido material como por vicios de procedimiento en su formación”

De conformidad con lo anterior la Corte Constitucional es competente para conocer de la constitucionalidad de los distintos artículos acusados de la Ley 789 de 2002 y la Ley 1846 de 2017, ya que se trata de una demanda de inconstitucionalidad en contra de normas que hacen parte de una Ley de la República.

NOTIFICACIONES

Todos los accionantes recibiremos notificaciones en la dirección: carrera 92 no 35-17. Medellín, Cel. 3136453213.

No siendo otro el objeto de la presente, nos suscribimos de los Honorables Magistrados,

SERGIO ESTRADA VÉLEZ
C.C. 98.558.366

LUZ ADRIANA ARISTIZÁBAL BOTERO
C.C. 43.731.325

LAURA CATALINA CARVAJAL ROJAS
C.C. 1.042.768.259

LILIANA MARÍA GALLEGU MORALE
C.C. 43.550.456

IVÁN RODRIGO DUQUE BUSTAMANTE
C.C. 80.870.726

CARLOS FERNANDO SOTO DUQUE
C.C. 75095795



**CENTRO COLOMBIANO
DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES**

-Litigio estratégico y formación ciudadana-

JULIÁN ESTEBAN VÉLEZ PÉREZ
C.C. 98.667.326

OSCAR DE JESÙS PÉREZ HURTADO
C.C. 98453193