

REPUBLICA DE COLOMBIA



CORTE CONSTITUCIONAL

AUTO

Expediente D-12344

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 25 (total), 26, 28, 30, 31 y 51 (parciales) de la Ley 789 de 2002 “*por la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo de Trabajo*”; y los artículos 1 (total) y 2 (parcial) de la Ley 1846 de 2017 “*por medio de la cual se modifican los artículos 160 y 161 del código sustantivo del trabajo y se dictan otras disposiciones*”.

Actores: Sergio Estrada Vélez, Luz Adriana Aristizábal Botero, Laura Catalina Carvajal Rojas, Liliana María Gallego Morales, Iván Rodrigo Duque Bustamante, Carlos Fernando Soto Duque, Julián Esteban Vélez Pérez y Oscar de Jesús Pérez Hurtado.

Expediente D-12393

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 25 (total) de la Ley 789 de 2002 “*por la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo de Trabajo*”; y el artículo 1 (total) de la Ley 1846 de 2017 “*por medio de la cual se modifican los artículos 160 y 161 del código sustantivo del trabajo y se dictan otras disposiciones*”.

Actor: Víctor Hugo López Zemanate.

Magistrado Sustanciador:

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de octubre de dos mil diecisiete (2017)

El suscrito magistrado sustanciador en la causa de la referencia, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, y

CONSIDERANDO

I. ANTECEDENTES

Texto normativo demandado en el Expediente D-12344

Los ciudadanos de la referencia en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad prevista en los artículos 40.6, 241.4 y 242.1 de la Constitución Política, interpusieron demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 25 (total), 26, 28, 30, 31 y 51 (parciales) de la Ley 789 de 2002 “*por la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo de Trabajo*”; y los artículos 1 (total) y 2 (parcial) de la Ley 1846 de 2017 “*por medio de la cual se modifican los artículos 160 y 161 del código sustantivo del trabajo y se dictan otras disposiciones*”, y adicionalmente solicitaron que se convoque a una audiencia pública. Los textos con lo demandando en subrayas, son los siguientes:

“LEY 789 DE 2002 (diciembre 27¹)

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.

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.)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:

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

¹ Diario Oficial No 45.046 de 27 de diciembre de 2002.

² Artículo declarado exequible mediante sentencia C-038 de 2004 reiterado en el estarse a lo resuelto sentencia C-257 de 2008.

trabajo dominical es habitual cuando el trabajador labore tres o más domingos durante el mes calendario³.

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 de lo pactado, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable. Esta indemnización comprende el lucro cesante y el daño emergente.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Los trabajadores que al momento de entrar en vigencia la presente ley, 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 1991⁴.

³ Artículo declarado exequible mediante sentencia C-038 de 2004 reiterado en el estarse a lo resuelto sentencia C-257 de 2008.

⁴ Artículo declarado exequible mediante sentencia C-533 de 11 de julio de 2012 y estarse a lo resuelto en las sentencias C-257 de 2008, C-175 de 2004 y C-038 de 2004.

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

Son elementos particulares y especiales del contrato de aprendizaje:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ARTÍCULO 31. MODALIDADES ESPECIALES DE FORMACIÓN TÉCNICA, TECNOLÓGICA, PROFESIONAL Y TEÓRICO PRÁCTICA EMPRESARIAL.

Además de lo dispuesto en el artículo anterior, se consideran modalidades de contrato de aprendizaje las siguientes:

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

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

c) El aprendiz alumno matriculado en los cursos dictados por Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, de acuerdo con el artículo 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 ejem. Auxiliares de mecánica, auxiliares de cocina, auxiliares de electricista, plomería, etc.). Para acceder a este nivel de capacitación, las exigencias de educación formal y experiencia son mínimas. Este nivel de capacitación es específicamente relevante para jóvenes de los estratos más pobres de la población que carecen de, o tienen bajos niveles de educación formal y experiencia.

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

ARTÍCULO 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.

LEY 1846 DE 2017

(Julio 18⁵)

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

ARTÍCULO 1º. El artículo 160 del Código Sustantivo del Trabajo, quedará así:

ARTÍCULO 160. Trabajo Diurno y Nocturno.

1. Trabajo diurno es el que se realiza en el período comprendido entre las seis horas (6:00 a.m.) y las veintiún horas (9:00 p.m.).

2. Trabajo nocturno es el que se realiza en el período comprendido entre las veintiún horas (9:00 p.m.) y las seis horas (6:00 a.m.).

ARTÍCULO 2º. 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.”.

La demanda

1. Como asunto preliminar sostienen que en la sentencia C-332 de 2013 se indicó que la cosa juzgada constitucional era *absoluta* cuando la norma se declaraba exequible o inexecutable en su totalidad o *relativa* cuando el juez constitucional limita en forma expresa los efectos de la decisión. En ese contexto consideran que no existe cosa juzgada respecto de las sentencias C-038 de 2004⁶ y C-257 de 2008⁷ toda vez que “*la presente acción de tutela presenta nuevos argumentos de impugnación basados en principios jurídicos, con fundamento en una realidad social distinta*”⁸.

2. En cuanto al fondo indican que los postulados subrayados en los artículos 25, 26, 28, 30, 31 y 51 de la Ley 789 de 2002 y los artículos 1 y 2 de la Ley 1846 de 2017 desconocen los artículos 1, 2, 25, 53 y 93 de la Constitución y el artículo 4 y 5 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,

⁵ Diario Oficial 50.298 de 18 de junio de 2017.

⁶ “Cuarto. Declarar EXEQUIBLES, pero únicamente por los cargos estudiados, los artículos 25, 26, 28, 30 y 51 de la Ley 789 de 2002”.

⁷ “ESTARSE A LO RESUELTO en la sentencia C-038 de 2004, que dispuso “declarar EXEQUIBLES, pero únicamente por los cargos estudiados, los artículos 25, 26, 28, ...y 51 de la Ley 789 de 2002”.

⁸ Fl. 23 Expediente D-12344.

en adelante PIDESC, como parte del bloque de constitucionalidad por las siguientes razones generales y específicas de la violación:

I. Razones generales

Estado constitucional y social de derecho

3. Señalan que la Constitución contiene enunciados políticos (directrices), morales (valores) y propiamente jurídicos (principios y reglas) y en ese sentido disertan sobre la naturaleza y funciones de los principios *-posición débil, fuerte y sus combinaciones-* así como la noción de estos en Colombia y la paradoja entre el constituyente y el legislador de otorgarles el carácter de normas jurídicas prevalentes, sin que a la fecha de halla desarrollado una teoría de principios acorde al contexto jurídico nacional⁹. En su entender indican que la Corte debe asumir en el marco de Estado Constitucional y Social de Derecho que la noción de principios es la *fuerte-fuerte*, dado su carácter de normas fundantes de las demás normas del ordenamiento jurídico.

Violación al principio jurídico de no regresividad (artículo 5, PIDESC)

4. Este se debe entender como la prohibición de adoptar normas jurídicas que impliquen una disminución o un retroceso en el nivel de goce o ejercicio de un derecho protegido, más como una proscripción a las 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, y en desarrollo de su importancia citan a un doctrinante¹⁰.

5. Aducen que el artículo 5 del PIDESC es parte del bloque de constitucionalidad de conformidad con el inciso 4 de la Constitución “*los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna*”¹¹ y el inciso 1° del artículo 93 Superior “*los tratados y los convenios ratificados por el Congreso que reconocen derechos humanos*”.

6. Consideran necesario distinguir el principio de progresividad como deber político del principio de no regresividad como una obligación jurídica de imperativo cumplimiento, es decir “el Estado podrá avanzar a la velocidad que desee, pero nunca podrá dar marcha atrás”. Más específicamente señalan que jurisprudencialmente y doctrinariamente erradamente se ha derivado el principio de *no regresividad* del principio de *progresividad*, afirmando que éste contiene una doble dimensión *-positiva y negativa-*, pero que en su sentir debe ser catalogado como un principio autónomo e independiente de la directriz de progresividad, que según su marco de fuerte-fuerte es una norma jurídica

⁹ Fl. 41 Expediente D-12344.

¹⁰ Fl. 44 Expediente D-12344 en referencia a Christian Courtis.

¹¹ Resulta pertinente aclarar que los *convenios de trabajo* emanan exclusivamente del órgano tripartito de la OIT.

prevalente y por ello toda disposición que viole dicho principio debe ser eliminada¹².

El trabajo como derecho social fundamental (artículo 25, C.P.)

7. Recuerdan que la Constitución de la OIT anuncia que el trabajo en condiciones dignas y decentes es un instrumento para lograr la justicia social y base de la paz universal y permanente. Señalan que el artículo 215 Superior prohíbe la regresión de los derechos sociales¹³ al igual que el artículo 5 del PIDESC la destrucción de cualquiera de los derechos o libertades reconocidos en el Pacto o menoscabo de los derechos fundamentales reconocidos en un país. Por lo que concluyen que el derecho al trabajo es un derecho social fundamental y por ello la Corte debería emplear un control estricto cuando es afectado y por ello toda norma que desborde los anteriores criterios debe ser declarada inconstitucional.

8. Que si bien el artículo 150.2 de la Constitución establece un amplio margen de competencia en cabeza del legislador, tal potestad encuentra sus límites en la Carta Política como lo expresó la sentencia C-203 de 2011, es decir: (i) que atienda los fines del Estado, (ii) que vele por los derechos fundamentales de los ciudadanos, (iii) que obre conforme a la proporcionalidad y racionalidad, (iv) que permita la realización material de los derechos y del principio de la primacía del derecho sustancial sobre las formas.

Vulneración al principio jurídico de proporcionalidad

9. Inician la argumentación citando la sentencia C-1176 de 2001 atinente al test de razonabilidad y al test de proporcionalidad, luego identifican las etapas de los mismos. Advirtiendo que en la presente acción de inconstitucionalidad solo se debe emplear el juicio de proporcionalidad. Bajo ese marco concluyen que la Ley 789 de 2002 subrogó algunos puntos de la legislación laboral, así: (i) 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 (10 p.m.) y no de las dieciocho horas (6 p.m.), afectando la liquidación de la remuneración adicional por trabajo nocturno; (ii) 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%); (iii) 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; (iv) 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

¹² Fl. 47 Expediente D-12344.

¹³ Vale aclarar que el inciso final del artículo 215 C.P. indica que “El Gobierno no podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores mediante los decretos contemplados en este artículo” en el marco del estado de emergencia.

salariales y prestacionales de los aprendices y en la imposibilidad de negociar colectivamente los mismos.

Violación al principio jurídico de solidaridad

10. Concluyen los ciudadanos accionantes 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. Así, 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 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.

Violación al principio jurídico de equilibrio de cargas públicas

11. 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. En ese sentido es claro que se vulneró este principio, entendiéndose que por este las cargas y deberes que se le imponen 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 límites esbozados en la sentencia C-220 de 2011.

12. Así pues, en la Ley 789 de 2002 y en la Ley 1846 de 2017 se vulnera el principio de equilibrio de las cargas públicas, porque la carga de generar empleo mediante la regulación establecida, 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.

II. Razones específicas

Vulneración del Art. 1 de la C.P.

13. Los enunciados jurídicos demandados del *Art. 25 de la Ley 789 de 2002* (jornada de trabajo) 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.

14. En cuanto al *Art. 26 de la Ley 789 de 2002* (recargo dominical y festivos) manifiestan que 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.

15. Frente al *Art. 28 de la Ley 789 de 2002* (indemnización por terminación unilateral sin justa causa) no se presenta ninguna consideración.

16. En lo que atañe al *Art. 30 de la Ley 789 de 2002* (relación de aprendizaje) sería inconstitucional toda vez que en la definición del Estado se propende por el trabajo y la solidaridad de las personas que lo integran, se ve menoscabada al tratar 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, situación que afecta a quienes laboran en esta modalidad.

17. Referente al *Art. 31 de la Ley 789 de 2002* (modalidades especiales de formación) se afirma textualmente las mismas consideraciones del numeral anterior.

18. El *Art. 51 de la Ley 789 de 2002* (jornada laboral flexible) es inconstitucional por cuanto señala que “*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 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.

19. La disposición contenida en el *Art. 1 de la Ley 1846 de 2017* (jornada de trabajo) desconoce el derecho al trabajo y la solidaridad, que constituyen fundamentos del Estado social en tanto que 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.

20. El *Art. 2 de la Ley 1846 de 2017* (jornada laboral flexible) trasgrede la norma superior al señalar que “*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, modificado en virtud del Art. 1º de la Ley 6 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.

Vulneración del Art. 2 de la C.P.

21. Por parte del *Art. 25 de la Ley 789 de 2002* el Estado debe 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, resultando regresivo establecer un horario nocturno de 10:00pm a 6:00am.

22. En lo que refiere al *Art. 26 de la Ley 789 de 2002* señalan que desconoce el 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%.

23. Frente al *Art. 28 de la Ley 789 de 2002* aducen que la indemnización que reconoce en 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.

24. Los enunciados jurídicos demandados del *Art. 30 de la Ley 789 de 2002* contravienen el 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 su aplicación no debe depender de las condiciones económicas del Estado.

25. De igual modo se repiten las consideraciones del numeral anterior en lo que respecta a la argumentación del *Art. 31 de la Ley 789 de 2002*.

26. Es similares términos se aduce que el *Art. 51 de la Ley 789 de 2002* es contrario a los fines del Estado 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.

27. En cuanto al deber que tiene el Estado de garantizar la efectividad de los principios el *Art. 1 de la Ley 1846 de 2017* lo desconoce 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 del ordenamiento jurídico y su aplicación no debe depender de las condiciones económicas del Estado, como ocurre con las directrices.

28. Evidencian la trasgresión por parte del *Art. 2 de la Ley 1846 de 2017* con la 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.

Vulneración del Art. 25 de la C.P.

29. El *Art. 25 de la Ley 789 de 2002* desconoce la especial protección que el Estado debe brindar al trabajo, toda vez que al ampliarse la jornada diurna y desaparecer el horario nocturno de 6:00 p.m a 10:00 p.m existente en la legislación anterior. Resulta entonces fundamental recordar que, según el Art. 25 C.P., el trabajo es un derecho y una obligación social cuya especial protección se está desconociendo al considerarse legislativamente jornadas 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 6:00pm a 6:00am, lo que mejoraba la remuneración y el mínimo vital de los trabajadores.

30. Los apartes 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.

31. En cuanto al *Art. 28 de la Ley 789 de 2002* no se presentan argumentos.

32. Con relación al *Art. 30 de la Ley 789 de 2002* señalan que la modalidad de contrato no está teniendo la especial protección del Estado, al establecer 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.

33. Esta modalidad de contrato de aprendizaje no está obteniendo la especial protección del Estado, pues el *Art. 31 de la Ley 789 de 2002* 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, desnaturalizando el contrato de aprendizaje.

34. En relación con el *Art. 51 de la Ley 789 de 2002* no se están dando las condiciones justas en tanto la jornada laboral flexible 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.

35. El *Art. 1 de la Ley 1846 de 2017* desconoce 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 omitiendo al

considerar legislativamente diurnas horas de trabajo que en la legislación anterior tenían carácter de nocturnas, debiendo ser remuneradas en tal virtud.

36. El artículo *Art. 2 de la Ley 1846 de 2017* 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.

Vulneración del Art. 53 de la C.P.

37. En cuanto al *Art. 25 de la Ley 789 de 2002* manifiestan que 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.

38. Los enunciados jurídicos demandados del *Art. 26 de la Ley 789 de 2002* menoscaban 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 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.

39. No se presentan argumentos por el *Art. 28 de la Ley 789 de 2002*.

40. Las disposiciones demandadas del *Art. 30 de la Ley 789 de 2002* vulneran el Art. 53 Superior 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.

41. El *Art. 31 de la Ley 789 de 2002* vulnera este mandato constitucional en tanto que disminuye 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, cuando en la norma anterior tenían los beneficios prestacionales correspondientes al contrato de trabajo.

42. En relación con el *Art. 51 de la Ley 789 de 2002* 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.

43. El *Art. 1 de la Ley 1846 de 2017* vulnera 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.

44. Es inconstitucional el *Art. 2 de la Ley 1846 de 2017* 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.

Vulneración del Art. 5 del PIDESC

45. Frente al *Art. 25 de la Ley 789 de 2002* manifiestan que el 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 o la naturaleza del recargo nocturno es precisamente equilibrar las cargas de trabajadores y empleadores y en prueba de ello citan un informe de la Comisión Colombiana de Juristas.

46. Los apartes demandados del *Art. 26 de la Ley 789 de 2002* infringen el principio de no regresividad desconociendo el Art. 5 del PIDESC, toda vez que la legislación anterior establecía una remuneración correspondiente a domingos y festivos equivalente al 100%¹⁴, 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.

47. Los enunciados subrayados 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

¹⁴ 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.

constitucionalidad en virtud del Art. 93 de la Constitución. La legislación anterior, Art. 64 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado en virtud del Art. 8° del Decreto-Ley 2351 de 1965, y del Art. 6° de la Ley 50 de 1990 numeral 4°, establecía que se tendría en cuenta la antigüedad en el monto de la indemnización por despido sin justa causa, resultando regresiva la nueva legislación.

48. El *Art. 30 de la Ley 789 de 2002* infringe el principio de no regresividad al desconocer el carácter de contrato de trabajo al contrato de aprendizaje y los beneficios que este tipo de contrato 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. 1° de la Ley 188 de 1959 y nuevamente se apoyan en un estudio de la Comisión Colombiana de Juristas¹⁵, resaltando por último que 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.

49. En términos similares al anterior numeral relatan que el *Art. 31 de la Ley 789 de 2002* niega a los aprendices la posibilidad de 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. 1° de la Ley 188 de 1959.

50. Respecto del *Art. 51 de la Ley 789 de 2002* se dice que 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. 1° de la Ley 6 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.

51. En cuanto al *Art. 1 de la Ley 1846 de 2017* manifiestan que 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, sin tener en cuenta en todo caso 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.

52. Se evidencia el retroceso por parte del *Art. 2 de la Ley 1846 de 2017* 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. 1° de la Ley 6

¹⁵ Fl. 121 Expediente 12344.

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 nocturnas¹⁶.

Expediente D-12393

53. El accionante en el expediente D-12393 demandó el artículo 25 (total) de la Ley 789 de 2002 y el artículo 1 (total) de la Ley 1846 de 2017, transcritos en la página 2 y 6 del presente auto.

La demanda

54. Indica el demandante que los artículos 1° de la Ley 789 de 2002 y la Ley 1846 de 2017 desconocen los postulados superiores previstos en los artículos 1, 2, 5, 13, 25 y 53 de la Constitución Política, indicando que transcribe el modelo de las demandas de Rodrigo Uprimny Yepes y María Paula Saffon.

55. En primer lugar cita *in extenso* las sentencias C-580 de 1996, C-107 de 2002, C-019 de 2004, C-038 de 2004, C-100 de 2005, T-769 de 2005 y C-593 de 2014 sobre los derechos de los trabajadores, el derecho natural. Como fundamento de la violación de los *artículos 1, 2 y 5 de la Constitución Política* transcribe a Ernst Bloch (2011) sobre el derecho natural y su relación con la dignidad humana, a Immanuel Kant en la *Metafísica de las Costumbres* y John Finnis y Hans Kelsen¹⁷. De igual modo frente a la violación de los *artículos 25 y 53 constitucionales* señala que de conformidad con el *ius naturalismo* es protuberante la inexecutablez de la norma.

56. El desconocimiento del *Art. 13 Superior* se origina en que el ejercicio laboral bajo la Ley 1846 de 2017 no coincide con la remuneración que corresponde toda vez, pues según esta norma la jornada diaria de 6 a.m. a 9 p.m. (15 horas) no equivale a la realidad natural de la jornada nocturna que inicia a las 9 p.m. y acaba a las 6 a.m. (9 horas) frente al trato recibido por los trabajadores oficiales, ya que acorde con el artículo 34 del Decreto 1042 de 1978 tienen prevista una jornada real nocturna de 6 p.m. a 6 a.m. (12 horas) y la diurna de 6 a.m. a 6 p.m. (12 horas).

¹⁶ Fl. 148 Expediente 12344.

¹⁷ Fl. 166 a 168 Expediente 12393.

II. CONSIDERACIONES:

Competencia

57. Este tribunal es competente para conocer de la demanda en los términos del artículo 241.4 de la Constitución.

Requisitos de la demanda

58. El Decreto 2067 de 1991, que contiene el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deben surtirse ante la Corte Constitucional, en su artículo 2 precisa que las demandas de inconstitucionalidad deben presentarse por escrito, en duplicado, y deben cumplir con los siguientes requisitos: (i) señalar las normas cuya inconstitucionalidad se demanda y transcribir literalmente su contenido o aportar un ejemplar de su publicación oficial; (ii) señalar las normas constitucionales que se consideran infringidas; (iii) presentar las razones por las cuales dichos textos se estiman violados; (iv) si la demanda se basa en un vicio en el proceso de formación de la norma demandada, se debe señalar el trámite fijado en la Constitución para expedirlo y la forma en que éste fue quebrantado; y (v) la razón por la cual la Corte es competente para conocer de la demanda. El tercero de los requisitos antedichos, que se conoce como concepto de la violación, implica una carga material y no meramente formal que no se satisface con la presentación de cualquier tipo de razones o motivos, sino que exige unos mínimos argumentativos, que se aprecian a la luz del principio *pro actione*, de tal suerte que dichas razones o motivos no sean vagos, abstractos, imprecisos o globales, al punto de impedir que surja una verdadera controversia constitucional.

59. Entre otras, en las sentencias C-1052 de 2001 y C-856 de 2005, la Corte precisa el alcance de los mínimos argumentativos de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia, al decir que hay *claridad* cuando existe un hilo conductor de la argumentación que permite comprender el contenido de la demanda y las justificaciones en las cuales se soporta; hay *certeza* cuando la demanda recae sobre una proposición jurídica real y existente y no en una que el actor deduce de manera subjetiva, valga decir, cuando existe una verdadera confrontación entre la norma legal y la norma constitucional; hay *especificidad* cuando se define o se muestra cómo la norma demandada vulnera la Carta Política; hay *pertinencia* cuando se emplean argumentos de naturaleza estrictamente constitucional y no estirpe legal, doctrinal o de mera conveniencia; y hay *suficiencia* cuando la demanda tiene alcance persuasivo, esto es, cuando es capaz de despertar siquiera una duda mínima sobre la exequibilidad de la norma demandada.

Cuestiones previas

Vigencia de las disposiciones acusadas

60. Tal y como lo advierten los accionantes en sus escritos radicados bajo el Expedientes D-12344 y D-12393 la Ley 1846 del 18 de julio de 2017 modificó los artículos 25 y 51 de la Ley 789 de 2002, que a su vez modificó los artículos 160 y 161 del C.S.T., al indicar expresamente en su artículo 4 que *“La presente ley rige a partir de su promulgación, modifica en lo pertinente los artículos 25 y 51 de la Ley 789 de 2002 que a su vez modificara los artículos 160 y 161 del Código Sustantivo del Trabajo, y demás disposiciones que le sean contrarias.*

| Ley 789 de 2002 | Ley 1846 de 2017 |
|---|--|
| <p>ARTÍCULO 25. TRABAJO ORDINARIO Y NOCTURNO. El artículo 160 del Código Sustantivo del Trabajo quedará así:</p> <p>Artículo 160. Trabajo ordinario y nocturno:</p> <p>1. Trabajo ordinario es el que se realiza entre las seis horas (6:00 a.m.) y las veintidós horas (10:00 p.m.).</p> <p>2. Trabajo nocturno es el comprendido entre las veintidós horas (10:00 p.m.) y las seis horas (6:00 a.m.)</p> | <p>ARTÍCULO 1º. El artículo 160 del Código Sustantivo del Trabajo, quedará así:</p> <p>ARTÍCULO 160. Trabajo Diurno y Nocturno.</p> <p>1. Trabajo diurno es el que se realiza en el período comprendido entre las seis horas (6:00 a.m.) y las veintiún horas (9:00 p.m.).</p> <p>2. Trabajo nocturno es el que se realiza en el período comprendido entre las veintiún horas (9:00 p.m.) y las seis horas (6:00 a.m.).</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 <u>y adiciónese un nuevo literal d)</u> (subraya fuera de texto) (...)</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 dentro de la jornada ordinaria de 6 a.m. a 10 p.m.</p> | <p>ARTÍCULO 2º. El literal d) del artículo 161 del Código Sustantivo del Trabajo, quedará así:</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 dentro de la Jornada Ordinaria de 6. A.M. a 9 P.M”.</p> |

Del cotejo anterior se evidencia que los artículos 25 y 51 de la Ley 789 de 2002 perdieron vigencia al entrar a regir la Ley 1846 de 2017, razón por la cual, los cargos presentados serán rechazados por falta de competencia.

Existencia de cosa juzgada

61. Por otro lado los accionantes del expediente D-12344 indican que no existe cosa juzgada respecto de las sentencias C-038 de 2004 y C-257 de 2008 toda vez que *“la presente acción de tutela presenta nuevos argumentos de impugnación basados en principios jurídicos, con fundamento en una realidad social distinta”*.

62. La Corte Constitucional en la sentencia C-038 de 2004 declaró exequibles los artículos 25, 26, 28, 30 y 51 de la Ley 789 de 2002 al considerar que *“el problema fundamental que plantea la presente demanda es esencialmente si esas disposiciones acusadas desconocen el derecho al trabajo y los principios fundamentales laborales establecidos en la Constitución y en los tratados de derechos humanos (CP arts 1º, 25 y 53), en especial en los Convenios de la OIT, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (de ahora en adelante PIDESC), y en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”*¹⁸. Considerando que *“Esta Corte ha igualmente señalado que, a pesar de que la Constitución protege especialmente al trabajo (CP arts 1, 25 y 53), que es en nuestro ordenamiento no sólo un derecho fundamental sino además un principio y valor fundante del Estado (CP Preámbulo y art 1º), las meras expectativas no representan una barrera contra los cambios legislativos en materia laboral, incluso si las nuevas regulaciones resultan menos favorables a los trabajadores”*.

63. Posteriormente algunas de esas normas fueron objeto de estudio en la sentencia C-175 de 2004 *“Primero.- ESTARSE A LO RESUELTO en la sentencia C-038 de 2004, la cual declaró la exequibilidad de los incisos 5 a 12 del artículo 28 de la Ley 789 de 2002, por los cargos allí estudiados”*; *“Tercero.- ESTARSE A LO RESUELTO en la sentencia C-038 de 2004 y, en consecuencia, declarar la EXEQUIBILIDAD del parágrafo del artículo 31 de la Ley 789 de 2002”*. De igual modo en la sentencia C-257 de 2008 la Sala Plena resolvió *“ESTARSE A LO RESUELTO en la sentencia C-038 de 2004, que dispuso “declarar EXEQUIBLES, pero únicamente por los cargos estudiados, los artículos 25, 26, 28, ...y 51 de la Ley 789 de 2002”*, indicando en dicha oportunidad a propósito del endilgado cambio de contexto lo siguiente:

“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

¹⁸ Numeral 11 de la sentencia C-038 de 2004.

sobre medidas legislativas que ya fueron objeto de pronunciamiento en la sentencia C-038 de 2004" (subraya fuera de texto).

64. Los artículos 30 y 28 de la Ley 789 de 2002 fueron encontrados ajustados a la carta en el caso del primero en el resolutivo "**SEGUNDO: Declarar EXEQUIBLE**, por los cargos analizados en la presente Sentencia, los apartes demandados del artículo 30 de la Ley 789 de 2002" y en el siguiente resolutivo "**TERCERO: ESTARSE A LO RESUELTO** en la Sentencia C-038 de 2004, en la cual se declaró exequible, en relación con los cargos estudiados, el artículo 31, parágrafo, de la Ley 789 de 2002, por la existencia de una cosa juzgada material".

65. Lo anterior fue reiterado en la sentencia C-533 de 2012 al declararse exequible el artículo 28 de la Ley 789 de 2012 en tanto que "*En el ámbito laboral y particularmente en cuanto a la no regresividad, el fallo C-038 de enero 27 de 2004, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, explicó que la disminución de la protección de los derechos de los trabajadores resulta problemática constitucionalmente, en la medida en que pueda afectar el principio de progresividad, sin que ello signifique que regulaciones más estrictas devenga, per se, en un retroceso frente a esas garantías*". Por otro lado es de resaltarse que los artículos 26, 28 y 30 de la Ley 789 de 2002 han sido objeto de sendas demandas radicadas bajo los expedientes D-8459, D-6149, D-4702, D-6541, D-8310 y D-4588 las cuales han sido objeto de archivo.

66. En ese sentido los accionantes indican que a la presentación de su demanda se presenta un nuevo contexto sin evidenciar que las normas constitucionales que sirvieron de parámetro de control para declarar la exequibilidad de los postulados demandados a la fecha sean distintas, tratando de presentar un cambio bajo la premisa de su percepción personal, filosófica y en apoyo de las teorías de varios doctrinantes y así inaplicar la cosa juzgada constitucional, argumento que no es de recibo y por lo tanto serán rechazados por la existencia de dicho fenómeno procesal la demanda promovida en contra de los artículos 26, 28, 30 y 31 de la Ley 789 de 2002.

Análisis de admisibilidad

67. Resuelta las anteriores cuestiones previas las normas objeto de admisión son los artículos 1 y 2 de la Ley 1846 de 2017. En ambos expedientes los ciudadanos demandantes realizaron diligencia de presentación personal así: D-12344: Luz Adriana Aristizábal Botero, Laura Catalina Carvajal Rojas, Liliana María Gallego Morales, Iván Rodrigo Duque Bustamante, Carlos Fernando Soto Duque, Julián Esteban Vélez Pérez ante la Notaría 19 del Circulo de Medellín¹⁹ y los ciudadanos Sergio Estrada Vélez y Oscar de Jesús Pérez Hurtado ante la Secretaría de la Corte Constitucional²⁰. En el Expediente D-12393 Víctor Hugo López Zemanate en la Secretaría de la Corte Constitucional²¹.

¹⁹ Fls. 150 y 151 del Expediente D-12344.

²⁰ Idem.

²¹ Fl. 173 del Expediente D-12393.

68. En el expediente D-12344: (i) transcriben las disposiciones demandadas y resaltan los apartes cuestionados –*Arts. 1 y 2 de la Ley 1846 de 2017-*; (ii) enuncian las normas que consideran infringidas –*Arts. 1, 2, 25, 53 C.P. y el 4 y 5 PIDES-* e (iii) indican que con fundamento en el numeral 4 del artículo 241 de la Constitución este tribunal es competente para conocer de la demanda.

69. El cargo relativo a la posible vulneración de los artículos 25 y 53 constitucionales y el 5 del PIDESC son, *prima facie*, aptos para permitir un juicio de constitucionalidad. No obstante, no se presentó ninguna consideración frente al artículo 4 del PIDESC. Respecto de la vulneración de los artículos 1 y 2 de la Constitución Política, la demanda carece de certeza, pertinencia, especificidad y suficiencia al realizar una indebida interpretación (i) cómo la modificación del horario de la jornada diurna o nocturna y la remuneración del trabajo suplementario son derechos humanos protegidos o reconocidos en el PIDESC y por automáticamente se integran a los postulados de los artículos 1 y 2 de la C.P.; (ii) la premisa de que el trabajo y la solidaridad de todas las personas que integran el Estado Social de Derecho es cierta, no obstante no se demuestra cómo la aseveración de la regulación de la jornada de trabajo para el sector privado regido por el C.S.T. resulta ser un valor fundante del mismo, asimismo de qué modo la determinación de un horario nocturno y su contraprestación comporta uno de los fines del Estado; (iii) la argumentación parte de la base de interpretaciones personales sobre cómo la Corte Constitucional debería entender los fines del Estado y su fundamentación sustentada además en informes académicos y en escritos de doctrina que se alejan del juicio que debe adelantar esta corporación.

70. En el expediente D-12393: (i) reproduce la norma demandada –*Art. 1 de la Ley 1846 de 2017-*; (ii) expresa los artículos que considera infringidos –*Arts. 1, 2, 5, 13, 25 y 53 C.P.-* y (iii) muestra que con fundamento en el numeral 4 del artículo 241 de la Constitución este tribunal es competente para conocer de la demanda.

71. Frente al concepto de la violación en principio se evidencia la conformación del cargo por vulneración del derecho a la igualdad entre la ficción de la jornada laboral diurna y nocturna dispuesta para los trabajadores que se rigen por el Código Sustantivo del Trabajo frente a la jornada real diurna y nocturna prevista para los trabajadores oficiales a los que se les aplica el Decreto 1042 de 1978. No obstante los restantes cargos carecen de certeza, pertinencia, especificidad y suficiencia al fundamentarse en razones meramente filosóficas, personales y bajo la creencia de que por emplear un modelo de demanda que en alguna ocasión tuvo éxito es la forma correcta de presentar una demanda de inconstitucionalidad, toda vez que las demandas son resueltas caso por caso.

72. Ahora bien, el día veintiuno (21) de junio de 2017, la Sala Plena de la Corte Constitucional dispuso mediante el Auto 305 de 2017 “*PRIMERO. A partir de la fecha SUSPENDER LOS TÉRMINOS de los procesos de constitucionalidad enumerados en el fundamento jurídico sexto de esta decisión,*

que hayan sido admitidos para trámite ante la Corte y en la etapa procesal en que actualmente se encuentren". En el numeral sexto de dicho proveído se encuentran incluidas "6.4. *Las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes y contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución*".

73. En el mismo Auto 305 de 2017, se dispuso que la medida de suspensión de términos prevista en el numeral primero del mencionado Auto, también aplicará para los procesos de constitucionalidad descritos en el fundamento jurídico sexto de dicho Auto "*que sean admitidos o asumidos en conocimiento por la Corte con posterioridad a este proveído*".

74. El presente expediente se enmarca dentro de los procesos de constitucionalidad ordinarios admitidos con posterioridad al Auto 305 de 2017, al tratarse de una demanda de inconstitucionalidad presentada por un ciudadano contra contenidos en la Ley 1843 de 2017, de la cual conocerá la Corte en virtud de lo previsto en el numeral 4 del artículo 241 de la Constitución, por lo cual, de conformidad con lo previsto en el numeral segundo del mencionado Auto 305 de 2017, le corresponde al Magistrado sustanciador decretar la suspensión de términos en este proceso, en el mencionado auto que decide sobre su admisibilidad.

75. Debe tenerse en cuenta que el numeral tercero del Auto 305 de 2017 dispone que el levantamiento de la suspensión de términos ordenada en este auto será decidido por la Sala Plena, conforme a la planeación que formule la Presidencia de la Corte en un proyecto de programa de trabajo para tal efecto. También, según lo dispone el numeral quinto del Auto 305 de 2017, durante la suspensión del término de fijación en lista o de traslado al Procurador General de la Nación, la Secretaría General de la Corte está habilitada para recibir y radicar los escritos ciudadanos de intervención y/o conceptos correspondientes, en cualquier tiempo y mientras dure dicha suspensión respecto de este expediente.

76. En lo atinente a la solicitud de audiencia pública solicitada en el Expediente D-12344 se informa a los ciudadanos accionantes que la etapa de admisión no es la instancia procesal pertinente para incoar dicha petición, por lo cual, no será considerada.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, por reunir parcialmente las exigencias formales establecidas en el artículo 2 del Decreto 2067 de 1991 el suscrito magistrado sustanciador, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales,

RESUELVE:

Primero. RECHAZAR la demanda presentada en el Expediente D-12344 contra los artículos 25, 26, 28, 30, 31 y 51 de la Ley 789 de 2002 y en el Expediente D-12393 por el artículo 25 de la Ley 789 de 2002.

Segundo. INADMITIR la demanda del expediente D-12344 en contra de los artículos 1 y 2 de la Ley 1846 de 2017, por la posible vulneración de los artículos 1 y 2 de la Constitución Política; y en el Expediente D-12393 en contra del artículo 1 de la Ley 1846, por el posible desconocimiento de los artículos 1, 2, 5, 25 y 53 de la Constitución Política.

Tercero. CONCEDER a los accionantes el término de tres (3) días, contados a partir de la notificación de este auto, para que procedan a corregir la demanda, conforme a los términos señalados en este proveído.

Cuarto. ADVERTIR a los demandantes que de no corregir la demanda dentro del término previsto, la misma será rechazada en lo que concierne al cargo inadmitido.

Quinto. ADMITIR la demanda de inconstitucionalidad, presentada en el Expediente D-12344 contra los artículos 1 y 2 de la Ley 1846 de 2017 por la presunta vulneración de los artículos 25, 53 de la Constitución y 5 del PIDESC; asimismo en el Expediente D-12393 admitir la demanda en contra del artículo 1 de la Ley 1846 de 2017 por el posible desconocimiento del artículo 13 Superior.

Sexto. De acuerdo con lo estipulado en el numeral segundo del Auto 305 de 2017, una vez cumplido los términos del rechazo y la inadmisión **SUSPENDER** los términos del presente proceso. De conformidad con lo previsto en el numeral tercero del Auto 305 de 2017, una vez la Sala Plena ordene levantar la suspensión de términos a la que hace referencia el numeral segundo anterior en el presente proceso, **CORRER** traslado del expediente al Procurador General de la Nación para que, dentro del término de treinta (30) días, emita el concepto correspondiente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7 del Decreto 2067 de 1991.

Séptimo. Simultáneamente, **FIJAR** en lista el presente proceso en la Secretaría General de la Corte por el término de diez (10) días, para efectos de permitir la intervención ciudadana de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7 del Decreto 2067 de 1991.

Octavo. ORDENAR que por Secretaría General, de conformidad con lo señalado en el artículo 244 de la Constitución y en el artículo 11 del Decreto 2067 de 1991, se comunique la iniciación de este proceso al Presidente del Congreso para que, si lo considera conveniente, intervenga directamente o por intermedio de apoderado escogido para el efecto, mediante escrito que deberá presentarse dentro de los diez (10) días siguientes al de recibo de la

comunicación correspondiente, indicando las razones que, a su juicio, justifican la declaración de constitucionalidad o de inconstitucionalidad de las disposiciones acusadas.

Noveno. ORDENAR que por Secretaría General, de conformidad con lo señalado en el artículo 11 del Decreto 2067 de 1991, se comunique la iniciación de este proceso al Presidente de la República, al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y al Ministerio de Trabajo, para que, si se considera conveniente, cada uno de ellos intervenga directamente o por intermedio de apoderado escogido para el efecto, mediante escrito que deberá presentarse dentro de los diez (10) días siguientes al de recibo de la comunicación correspondiente, indicando las razones que, a su juicio, justifican la declaración de constitucionalidad o de inconstitucionalidad de las disposiciones acusadas.

Décimo. INVITAR a participar en este proceso, por medio de la Secretaria General, a la Superintendencia del Subsidio Familiar; al Departamento Administrativo Nacional de Estadística, o por su sigla DANE; a la Central Unitaria de Trabajadores de Colombia – CUT; a la Unión Sindical Obrera de la industria del petróleo – USO; al Director de la Academia Colombiana de Jurisprudencia; a la Cámara de Servicios Legales –ANDI; a la ANIF Centro de Estudios Económicos; a la Corporación Excelencia en la Justicia; y a los Decanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, a la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia, a la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana, a la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia, a la Escuela de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, a la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Colombia y a la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, para que, si lo estiman conveniente, mediante escrito que deberá presentarse dentro de los diez (10) días siguientes al de recibo de la comunicación respectiva, emitan su concepto técnico especializado y aporten pruebas sobre las disposiciones que son materia de la impugnación.

Décimo primero. ADVERTIR que durante la suspensión de términos decretada en el numeral sexto de este Auto, la Secretaría General de la Corte está habilitada para recibir la radicación de los escritos ciudadanos de intervención y/o conceptos correspondientes, en cualquier tiempo y mientras dure dicha suspensión en el proceso de la referencia.

Notifíquese y cúmplase.


ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado sustanciador


ROCIO LOAIZA MILIAN

Secretaria General (E)

Handwritten signature or scribble at the bottom center of the page.