

REPÚBLICA DE COLOMBIA



CORTE CONSTITUCIONAL

-Sala Plena-

AUTO 160 de 2018

Expediente D-12344 AC

Actores: Sergio Estrada Vélez, Luz Adriana Aristizabal 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 (D-12344)
Víctor Hugo López Zemanate (D-12393)

Recurso de súplica contra el Auto de rechazo de la demanda de inconstitucionalidad presentada contra los artículos 25 (total), 26, 28, 30, 31 y 51 (parciales) de la Ley 789 de 2002

Magistrado Sustanciador:
ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Bogotá DC, veintiuno (21) de marzo de dos mil dieciocho (2018)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, resuelve el recurso de súplica interpuesto contra el auto de rechazo de la demanda D-12344 A.C., de conformidad con las siguientes

CONSIDERACIONES

I. ANTECEDENTES

1.- La demanda

1.1. Los accionantes 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*”.

1.2. Mediante Auto del veintisiete (27) de octubre de dos mil diecisiete (2017), respecto de la admisibilidad de las demandas acumuladas¹, el Magistrado Sustanciador adoptó las siguientes decisiones: **(i)** 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 1º de la Ley 1846 de 2017 por el posible desconocimiento del artículo 13 Superior; **(ii)** 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. Vencido el término establecido para la presentación de correcciones, ninguno de los accionantes de las demandas de la referencia presentó escrito de correcciones por lo que el Magistrado Sustanciador, mediante auto del 22 de noviembre rechazó las demandas de la referencia.

1.3. En el proveído del 27 de octubre de 2017, el Magistrado Sustanciador decidió RECHAZAR las demandas presentadas contra los artículos 25, 26, 28, 30, 31 y 51 de la Ley 789 de 2002, cuyos textos son del siguiente tenor (se subraya los apartes demandados):

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.

¹ La Sala Plena, en sesión del 10 de octubre de 2017, resolvió acumular el expediente D-12393 a la demanda D-12344, para ser decididas en la misma sentencia.

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

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 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 párrafo transitorio, el cual se aplica únicamente para los trabajadores que tenían diez (10) o más años el primero de enero de 1991⁴.

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:

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.

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 pènsun 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.”.*

A juicio de los accionantes del expediente D-12344, las normas demandadas vulneran los artículos 1, 2, 25 y 53 superiores y el Bloque de Constitucionalidad (art. 93 C.P. y artículo 5 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales -en adelante PIDESC-), toda vez que desconocen los principios constitucionales de no regresividad, proporcionalidad, solidaridad y equilibrio de las cargas, así como el derecho fundamental al trabajo al desmejorar la situación de los trabajadores e imponerles mayores cargas.

2. Las razones del rechazo

Mediante auto del 27 de octubre de 2017, el Magistrado Sustanciador rechazó las demandas presentadas, contra los artículos 25, 26, 28, 30, 31 y 51 de la Ley 789 de 2002 debido a que: (i) 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, la Corte carece de competencia para analizar su constitucionalidad; y (ii) existe el fenómeno de cosa juzgada constitucional en la demanda promovida en contra de los artículos 26, 28, 30 y 31 de la Ley 789 de 2002, en los siguientes términos:

“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.

<i>Ley 789 de 2002</i>	<i>Ley 1846 de 2017</i>
<p>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.)</p>	<p>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.).</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) (...) 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: 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” . 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 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”.

De acuerdo con el informe de la Secretaría General de la Corte, el anterior proveído fue notificado por medio del estado número 180 del 31 de octubre de 2017. En cuanto al recurso de súplica⁵, este fue interpuesto el 3 de noviembre de 2017 por los demandantes del expediente D-12344, esto es, dentro del término de ejecutoria (miércoles 1, jueves 2 y viernes 3 de noviembre de 2017).

3. El recurso de súplica

Los recurrentes solicitan a la Sala Plena que admita la demanda y declare inconstitucionales los artículos 25 (total), 26, 28, 30, 31 y 51 (parciales) de la Ley 789 de 2002. Nuevamente, exponen las diferencias entre cosa juzgada relativa y absoluta y concluyen que, aun cuando la Corte Constitucional haya declarado exequibles los artículos nuevamente demandados por los accionantes, mediante las Sentencias C-038 de 2004⁶ y C-257 de 2008⁷, en la presente demanda no existe cosa juzgada porque los cargos alegados en esta oportunidad son diferentes a los expuestos en las sentencias referidas.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

El artículo 6° del Decreto 2067 de 1991, “(p)or el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional”, prevé que contra el auto de rechazo de una demanda de inconstitucionalidad procede el recurso de súplica ante la Sala Plena de la Corte Constitucional.

La jurisprudencia constitucional ha indicado que el ejercicio de ese recurso exige que el demandante actúe con un mínimo de diligencia en la configuración de las razones que presenta para sustentarlo, de tal forma que estructure una argumentación que le permita al Pleno de esta Corporación identificar el error u olvido que se endilga al auto de rechazo. La ausencia de este elemento, implica una falta de motivación del recurso, lo cual impide a esta Corporación pronunciarse de fondo respecto del mismo.

Ha señalado igualmente la Corte en forma reiterada y uniforme que el objeto del recurso de súplica es controvertir los argumentos que el magistrado sustanciador adujo para rechazar la demanda de inconstitucionalidad. Por esa razón, la argumentación debe encaminarse a rebatir la motivación del auto de rechazo, y no a corregir, modificar o reiterar, las razones expuestas inicialmente en la demanda. Ello

⁵ Obra a folios 211 al 233 del expediente.

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”.

implica que el recurrente debe explicar las razones por las cuales considera que la providencia que cuestiona debe revocarse. En ese sentido, la Corte ha estimado que *el recurso de súplica no es una oportunidad para corregir o modificar la demanda rechazada, sino la ocasión para exponer ante la Sala Plena las razones que el demandante estima válidas respecto de la providencia suplicada, con miras a obtener su revocatoria*⁸.

Corresponde a la Corte, en esta oportunidad, establecer si el auto recurrido rechazó indebidamente la demanda o si, por el contrario, lo hizo válidamente. En el caso examinado, el Magistrado Sustanciador, por medio del auto del 27 de octubre de 2017, rechazó la demanda presentada por los demandantes de la referencia porque: (i) 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, se rechazaron los cargos presentados por falta de competencia; y (ii) existe el fenómeno de cosa juzgada constitucional en la demanda promovida en contra de los artículos 26, 28, 30 y 31 de la Ley 789 de 2002.

2. Vigencia de algunas de las disposiciones acusadas

2.1. En primer lugar, la Sala Plena considera que es preciso tener en cuenta que conforme con el artículo 2° del Decreto 2067 de 1991⁹, para poder iniciar el juicio de inconstitucionalidad es requisito indispensable que las normas acusadas como inconstitucionales hagan parte del ordenamiento jurídico. Ello supone, según lo ha expresado esta Corporación, que el análisis de vigencia de la norma constituye una etapa necesaria para determinar el objeto del control. En este contexto, cabe anotar que una norma deja de pertenecer al ordenamiento jurídico, entre otros supuestos, cuando ha sido derogada.

En relación con el fenómeno de la derogatoria, la jurisprudencia de esta Corporación ha expresado que: *“(l)a derogatoria puede ser expresa, tácita o por reglamentación integral (orgánica) de la materia, sucediendo la primera cuando la nueva ley suprime formal y específicamente la anterior; la segunda, cuando la ley nueva contiene disposiciones incompatibles o contrarias a las de la antigua y, la tercera, cuando una ley reglamenta toda la materia regulada por una o varias normas precedentes, aunque no haya incompatibilidad entre las disposiciones de éstas y las de la ley nueva”*¹⁰.

Consecuentemente, esta Corporación ha precisado que cuando una disposición no pertenece al ordenamiento positivo, no tiene sentido hacer un pronunciamiento de fondo sobre su exequibilidad, porque no resultaría lógico *“ordenar que se retire del orden jurídico lo que no existe, porque con antelación fue retirado o ha*

⁸ Cfr. Auto 012 de 1992.

⁹ Conforme con el artículo 2° del Decreto 2067 de 1991, las demandas de inconstitucionalidad deberán señalar (i) las normas acusadas como inconstitucionales, (ii) las normas constitucionales que se consideran infringidas, (iii) las razones por las cuales dichos textos se consideran violados, (iv) si se acusa quebrantamiento del debido trámite legislativo, entonces debe señalarse cuál es el trámite que debió haberse observado y (v) la razón por la cual la Corte es competente.

¹⁰ Cfr. Sentencia C-634 de 1996. Reiterado, entre muchas otras, en las Sentencias C-664 de 2007, C-369 de 2012, C-412 de 2015, C-261 de 2016, C-336 de 2016, C-032 de 2017, C-192 de 2017 y C-348 de 2017.

*desaparecido por voluntad propia del legislador, al haber derogado o modificado los preceptos demandados*¹¹ (negrilla fuera de texto original).

Lo anterior debido a que cuando el precepto demandado no forma parte del ordenamiento positivo, no existe objeto sobre el cual pueda recaer pronunciamiento alguno de la Corte, pues ha de tenerse en cuenta que si los fallos que dicta esta Corporación tienen como efecto propio permitir que las normas acusadas puedan seguir cumpliéndose o ejecutándose (exequibilidad), o excluir éstas de la normatividad jurídica por lesionar la Constitución (inexequibilidad), restableciendo de esta forma el orden lesionado, no tiene sentido alguno que se acuse un precepto que ha dejado de regir y que, por tanto, no está en condiciones de quebrantar la Constitución Política.

La Sala Plena reitera que, en principio, cuando se demandan normas que ya han sido retiradas del ordenamiento jurídico por el propio legislador, carece de objeto entrar a resolver sobre su constitucionalidad, por cuanto ya han sido retiradas del ordenamiento jurídico por el propio legislador. No obstante, esta Corporación también ha reconocido que, en el evento en que una norma se encuentre derogada, pero a pesar de ello siga produciendo efectos jurídicos, es deber de la Corte analizar la constitucionalidad de dicha normativa en aras de salvaguardar la integridad y supremacía del Texto Superior¹².

2.2. En el presente caso, el Suscrito Magistrado advierte que, en principio, se ha presentado un fenómeno de derogatoria, pues, tal y como lo advirtieron los demandantes en su escrito y como lo señaló el Auto de rechazo del 27 de octubre de 2017, el artículo 25 de la Ley 789 de 2002 fue modificado por el artículo 1º de la Ley 1846 de 2017 y, de la misma manera, el artículo 51 de la Ley 789 de 2002 fue modificado por el artículo 2º de la Ley 1846 de 2017.

En efecto, el artículo 4º de la Ley 1846 referida indicó expresamente que “(l)a 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”.

De este modo, en el caso *sub-examine*, la Sala considera que las disposiciones normativas acusadas no pertenecen al ordenamiento jurídico vigente. En ese sentido, siendo un presupuesto indispensable de toda demanda de inconstitucionalidad la existencia de las normas cuya validez se cuestiona, para poder así recibir los efectos de los fallos de exequibilidad o inexequibilidad, la Sala Plena carece de competencia para iniciar el juicio de constitucionalidad contra los artículos 25 y 51 de la Ley 789 de 2002 ya que perdieron vigencia a partir de la promulgación de la Ley 1846 de

¹¹ Cfr. Sentencia C-467 de 1993. Posición reiterada, entre muchas otras, en las Sentencias C-329 de 2001, C-379 de 2002, C-857 de 2005, C-1155 de 2005, C-215 de 2007, C-522 de 2007, C-1067 de 2008 y C-241 de 2014.

¹² Al respecto este Tribunal, mediante Sentencia C-668 de 2014, indicó que: “Para adelantar el estudio de constitucionalidad de una norma que ha sido derogada o modificada por voluntad del legislador, se requiere que la misma continúe produciendo efectos jurídicos. De lo contrario, el pronunciamiento de constitucionalidad resulta innecesario, por carencia actual de objeto. En efecto, esta Corporación ha sostenido que en función de la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, ella debe conocer de disposiciones que hayan sido acusadas y se encuentren derogadas, siempre y cuando tales normas continúen produciendo efectos jurídicos. En cambio, si la norma demandada excluida del ordenamiento jurídico no sigue surtiendo efectos jurídicos o nunca los produjo, el pronunciamiento de constitucionalidad resulta inocuo, por carencia de objeto”. Posición reiterada en la Sentencia C-336 de 2016.

2017, máxime si se tiene en cuenta que los demandantes, ni en su escrito de demanda ni en el de súplica demostraron que las disposiciones cuestionadas son susceptibles de continuar produciendo efectos jurídicos, ni señalaron en cuál norma o disposición vigente se incorporan los preceptos normativos demandados a objeto de esclarecer el supuesto de competencia. Así mismo, la Corte no avizora que dichas normas sigan produciendo efectos jurídicos después de su derogatoria, situación que imposibilita el inicio de un juicio de constitucionalidad.

En consecuencia, deberá confirmarse el rechazo de la demanda por los cargos contra los artículos 25 y 51 de la Ley 789 de 2002, al configurarse la falta de competencia¹³ por *sustracción de materia o carencia de objeto*.

3. Análisis del fenómeno de cosa juzgada

Los recurrentes afirman que el auto de rechazo de la demanda D-12344 presenta un error, toda vez que el Magistrado Sustanciador desconoció que los cargos presentados en esta oportunidad son diferentes a los abordados y estudiados en las Sentencias C-038 de 2004 y C-257 de 2008 y, por lo tanto, no se ha configurado el fenómeno de cosa juzgada constitucional que impida un pronunciamiento de fondo.

3.1. La Sala Plena precisa que la cosa juzgada constitucional es una institución jurídica procesal (cuyo fundamento constitucional es el artículo 243 superior¹⁴) mediante la cual se otorga a las decisiones plasmadas en una sentencia de constitucionalidad carácter de inmutables, vinculantes y definitivas¹⁵ y, en coherencia con lo anterior, los artículos 48 de la Ley 270 de 1996¹⁶ y 21 del Decreto 2067 de 1991¹⁷ reconocen expresamente dichos efectos con el fin de brindar seguridad jurídica y garantizar la efectiva aplicación del principio de igualdad, lo cual brinda consistencia a las decisiones de esta Corporación.

De este modo, la cosa juzgada tiene un efecto importante -como una autolimitación dirigida a los jueces constitucionales-, que impide que los falladores se pronuncien nuevamente sobre lo ya decidido o resuelto en providencias constitucionales anteriores¹⁸, o que se inicie un nuevo debate constitucional respecto de normas que ya han sido sometidas a decisiones constitucionales definitivas¹⁹, con el objeto de promover la estabilidad de las sentencias judiciales y la seguridad jurídica²⁰.

¹³ Conforme con el artículo 6° del Decreto 2067 de 1991: "(...) se rechazarán las demandas que recaigan sobre normas amparadas por una sentencia que hubiera hecho tránsito a cosa juzgada o respecto de las cuales sea manifiestamente incompetente. No obstante estas decisiones también podrán adoptarse en la sentencia"

¹⁴ Dispone la norma en cita: "Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. // Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución".

¹⁵ Sentencia de la Corte Constitucional C-028 de 2006.

¹⁶ Artículo 48. Alcance de las sentencias en el ejercicio del control constitucional. Las sentencias proferidas en cumplimiento del control constitucional tienen el siguiente efecto:

1. Las de la Corte Constitucional dictadas como resultado del examen de las normas legales, ya sea por vía de acción, de revisión previa o con motivo del ejercicio del control automático de constitucionalidad, sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutive. La parte motiva constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general. La interpretación que por vía de autoridad hace, tiene carácter obligatorio general.

¹⁷ Artículo 21. Las sentencias que profiera la Corte Constitucional tendrán el valor de cosa juzgada constitucional y son de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares.

¹⁸ Sentencia C-073 de 2014.

¹⁹ Cfr. Sentencia C-337 de 2007 y sentencia C-287 de 2014.

²⁰ Cfr. Sentencia C-478 de 1998.

Ahora bien, como la Corte Constitucional puede fijar los efectos de sus propios fallos²¹, cuenta con la atribución de delimitar el alcance de la cosa juzgada constitucional en sus providencias, con el propósito de promover no sólo el acceso efectivo de los ciudadanos a la administración de justicia (Art. 229 C.P) y la interposición de las acciones públicas en defensa de la Constitución (Art. 40-6 C.P), sino con el fin de asegurar la *certeza* jurídica²² y lograr decisiones concretas y definitivas sobre aspectos que ofrecen dudas en materia constitucional²³.

Así, la existencia de cosa juzgada constitucional, puede evidenciarse de una manera relativamente sencilla, cuando se demandan normas que en una providencia previa fueron declaradas *inexequibles* y salieron del ordenamiento jurídico, dado que las nuevas demandas sobre tales disposiciones, no tienen un objeto normativo sobre el que pueda darse un pronunciamiento constitucional.

Esto es, una vez expulsada la norma del ordenamiento jurídico a consecuencia del fallo de inexecutableidad, esta no puede ser aplicada para fundamentar ninguna actuación o decisión por parte de las autoridades públicas, ni seguir produciendo ningún tipo de efectos jurídicos²⁴.

De otra parte, resulta más compleja la verificación de la cosa juzgada constitucional cuando se trata de normas que fueron declaradas *exequibles* o que fueron declaradas **exequibles de manera condicionada**, previamente. En efecto, con las sentencias de constitucionalidad condicionada, si una disposición legal admite varias interpretaciones, *“de las cuales algunas violan la Carta pero otras se adecuan a ella, entonces corresponde a la Corte proferir una constitucionalidad condicionada o sentencia interpretativa que establezca cuáles sentidos de la disposición acusada se mantienen dentro del ordenamiento jurídico y cuáles no son legítimos constitucionalmente”*²⁵.

Los pronunciamientos de constitucionalidad condicionada, permiten en consecuencia, garantizar el principio de conservación del derecho, sin irrespetar la Carta Política, al ser *“una necesidad para el juez constitucional, que no puede adoptar una decisión de exequibilidad pura y simple porque desconocería su función de salvaguardar la integridad de la Constitución, en tanto que estaría admitiendo la permanencia en el ordenamiento jurídico de leyes que admiten interpretaciones contrarias a la Carta. Pero, tampoco puede adoptar una decisión de inexecutableidad porque afectaría el principio democrático que exige la aplicación de los principios de conservación del derecho e in dubio pro legislatoris, con lo cual también se afectaría la supremacía e integridad de la Constitución”*²⁶.

El efecto inmediato de las sentencias de constitucionalidad condicionada es la intervención por parte del juez constitucional en el contenido normativo de la disposición estudiada, con el propósito de señalar cuál o cuáles son los sentidos en

²¹ Cfr. Sentencia C-113 de 1993.

²² Cfr. Sentencia C-153 de 2002.

²³ Cfr. Sentencia C-543 de 1992.

²⁴ Cfr. Sentencia C-539 de 2011. Ver además, sentencia C-335 de 2008 y T- 355 de 2007.

²⁵ Cfr. Sentencia C-496 de 1994, citada en la sentencia C-259 de 2015.

²⁶ Cfr. Sentencia C-820 de 2006.

los que esa norma resulta ajustada a la Constitución. Cuando ello ocurre, la Corte puede expulsar una proposición jurídica particular del ordenamiento que entiende como ajena a la Carta, para conservar, en un lugar, una determinada regla de derecho, que resulte acorde con los mandatos previstos en el Texto Superior²⁷.

La norma jurídica consolidada, de esta manera, puede ser objeto de nuevos pronunciamientos respecto de cargos de inconstitucionalidad que no fueron examinados en la decisión precedente. Sin embargo, el examen de constitucionalidad posterior que se haga de la norma sujeta a condición, por motivos evidentes, no recaerá solamente sobre el texto original de la ley, sino sobre la norma jurídica que surge, a partir del fallo condicionado²⁸. Por ello, la Corte Constitucional ha concluido que la cosa juzgada constitucional se predica tanto de los fallos de inexecutableidad como de los de executableidad simple y condicionada, pues “vincula a todas las autoridades -incluida la misma Corte Constitucional- y se extiende, por igual, al continente de la norma como a su contenido material - precepto o proposición jurídica en sí misma considerada”²⁹.

Por otra parte, recuerda la Sala que existen varias modalidades de cosa juzgada de acuerdo con la especificidad del control constitucional que adelanta la Corte y según la consolidada jurisprudencia constitucional³⁰, puede hablarse de las siguientes categorías conceptuales: cosa juzgada *absoluta*³¹, *relativa*³², *formal*, *material*³³ y *aparente*. En cuanto a las **excepciones** al alcance de la cosa juzgada constitucional ha sido reiterada la jurisprudencia de esta Corporación, en señalar que:

*La doctrina constitucional ha previsto tres (3) excepciones al alcance de la cosa juzgada constitucional*³⁴:

a. La cosa juzgada relativa implícita, frente a la cual esta Corporación ha señalado: “Puede suceder que la Corte haya declarado la executableidad 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 demandas de inconstitucionalidad por su contenido material; o bien puede acaecer que la Corte al declarar la executableidad de una norma 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”.

b. La cosa juzgada aparente, que se presenta “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

²⁷ Cfr. Sentencia C-073 de 2014.

²⁸ Cfr. Sentencia C-449 de 2009.

²⁹ Cfr. Sentencia C-301 de 1993.

³⁰ Cfr. Sentencia C-254A de 2012.

³¹ La Corte ha explicado que existe *cosa juzgada 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 executable o inexecutable en su totalidad y frente a todo el texto Constitucional”.

³² Por su parte, la *cosa juzgada relativa* se presenta “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”.

³³ La *cosa juzgada formal* opera cuando existe una decisión previa de este Tribunal, que ha analizado la constitucionalidad de la misma disposición que se somete nuevamente a estudio; mientras que la *cosa juzgada material*, por el contrario, opera cuando a pesar que existen dos disposiciones diferentes en su sentido formal y una de ellas ya ha sido objeto de control de constitucionalidad, ambas poseen el mismo contenido normativo (Sentencia C-166 de 2014).

³⁴ Sentencia de la Corte Constitucional C-029 de 2009.

en la demanda, o a la confrontación de la norma acusada con el contenido de unos determinados preceptos constitucionales”.

c. Por su parte, la doctrina de la Constitución viviente consiste en “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”³⁵. (Negrilla fuera de texto original)

Así las cosas, el hecho de que la Corte hubiere declarado la exequibilidad pura y simple, o condicionada de una disposición, no significa que sea imposible volver a analizar los mismos contenidos normativos, pues es necesario reconocer el carácter dinámico de la Constitución o entender su interpretación como un texto viviente.

Dentro de este contexto, la Sala advierte que el rechazo se fundamentó en la inexistencia del contenido normativo acusado “*como consecuencia de una decisión que hizo tránsito a cosa juzgada*”, mientras que los recurrentes plantearon que en su demandas se explica ampliamente la configuración de una *cosa juzgada relativa* y que, por ello, cabría un nuevo pronunciamiento por parte de este Tribunal.

3.2. Ahora bien, tal como lo manifestó el auto de rechazo del 27 de octubre de 2017, la Sala Plena advierte que la Sentencia **C-038 de 2004** dispuso “*Declarar EXEQUIBLES, pero únicamente por los cargos estudiados, los artículos 25, 26, 28, 30 y 51 de la Ley 789 de 2002*”. En esa oportunidad, el actor cuestionó varias disposiciones de la Ley 789 de 2002 esencialmente porque consideraba que éstas disminuían garantías laborales y desconocían conquistas históricas de los trabajadores, lo cual implicaba un retroceso en la protección del derecho al trabajo, vulnerando el principio de progresividad en materia de derechos sociales³⁶. En la parte motiva de dicho proveído, la Corte concluyó 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 (de ahora en adelante Protocolo de San Salvador). (...) 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.

³⁵ Cfr. Sentencia C-774 de 2001 (citada en la sentencia C-029 de 2009).

³⁶ El ciudadano planteó que las normas acusadas desconocen 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 hecho de que las regulaciones acusadas sean menos favorables al trabajador que aquellas que fueron subrogadas no implica automáticamente su inconstitucionalidad, pues la Carta autoriza que el Legislador realice esos cambios normativos, siempre y cuando respete derechos adquiridos. Ahora bien, ninguna de las disposiciones acusadas desconoce derechos adquiridos, pues ninguna de ellas se aplica a situaciones jurídicas consolidadas. Así, los artículos 25 y 26, conforme lo señala el propio artículo 26, no entraron a regir inmediatamente, pues su aplicación frente a los contratos celebrados antes de la vigencia de la presente ley se aplazó hasta el 1. de abril del año 2003.

(...)

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”.

Posteriormente, algunas de las normas acusadas en este proceso³⁷, fueron objeto de estudio por parte de la Corte y, mediante la sentencia **C-175 de 2004**, indicando:

“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 estudiados³⁸.

(...)

Tercero.- ESTARSE A LO RESUELTO en la sentencia C-038 de 2004 y, en consecuencia, declarar la EXEQUIBILIDAD del párrafo del artículo 31 de la Ley 789 de 2002”.

En su parte motiva, particularmente respecto del artículo 31 de la Ley 789 de 2002, la Corte concluyó que:

“(…) Cosa juzgada material en relación con los cargos elevados contra el párrafo del artículo 31 de la Ley 789 de 2002. En la sentencia C-038 de 2004, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, se declaró la exequibilidad del inciso 10 del artículo 30 de la Ley 789 de 2002. Los actores argumentan que la norma acusada viola el derecho de negociación colectiva para regular las relaciones laborales y precisan que no hay ninguna razón jurídica que justifique que se prohíba pactar en convenciones colectivas de trabajo, pactos colectivos o laudos arbitrales cláusulas o artículos que acuerden que una empresa tendrá aprendices vinculados mediante contratos de trabajo.

En la sentencia C-038 de 2004, la Corte decidió que era exequible el inciso del artículo 30 que coincide normativamente con el párrafo del artículo 31

(...) el contenido normativo del inciso décimo del artículo 30 de la Ley 789 de 2003 es idéntico al del párrafo del artículo 31 de la misma ley. Por otra parte, los cargos de las dos demandas contra el inciso décimo del artículo 30 y el párrafo del artículo 31 de la

³⁷ En Esa oportunidad, los demandantes solicitaban declarar la inconstitucionalidad de los incisos 5 a 12 del artículo 28; del inciso primero del numeral primero parcial y del párrafo 2 del artículo 29; del párrafo del artículo 31, y del artículo 48 parcial, todos de la Ley 789 de 2002, por la presunta vulneración de los artículos 32, 25 y 53 de la Constitución Política.

³⁸ Mediante sentencia C-038 de 2004, esta Corporación declaró la constitucionalidad de los incisos 5 a 12 del artículo 28 de la Ley 797 de 2003, por los cargos allí estudiados. En aquella oportunidad, el actor expresó que las normas acusadas disminuían sustancialmente el valor de la indemnización por terminación unilateral del contrato sin justa causa, lo que atentaba contra la definición del Estado colombiano como un Estado Social de Derecho y contra la obligación del Estado de prestar una protección especial a los trabajadores. Además, manifestó que las normas vulneraban el derecho de igualdad, por cuanto creaban, para efectos de la indemnización, una diferencia de trato entre quienes ganaban más de diez salarios mínimos y quienes percibían un salario inferior a esta suma.

La demanda que dio origen a la sentencia C-175 de 2004 formuló también el cargo de que las normas acusadas del artículo 28 configuraban una vulneración del principio de igualdad, en razón de las diferencias que establecían para el pago de las indemnizaciones.

Ley 789 son idénticos. Dado que ello es así, se puede afirmar que los argumentos para declarar la constitucionalidad del inciso décimo del artículo 30 de la Ley 789 de 2003 son aplicables a la demanda contra el párrafo del artículo 31 de la misma ley, razón por la cual se declarará que sobre esta norma existe cosa juzgada material, se seguirá el precedente y se declarará exequible el párrafo acusado del artículo 31 de la Ley 789 de 2002 (...)”.

Adicionalmente, la Sala Plena advierte que mediante la Sentencia **C-257 de 2008**, la Corte nuevamente analizó los artículos 25, 26, 28 y 51 de la Ley 789 de 2002, frente a la presunta vulneración de los artículos superiores 1, 2, 25, 53 y 93; y de los artículos 4 y 5 del PIDESC, decidiendo: “**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’” y en la parte considerativa de dicho proveído se indicó que:

“Para la Corte no es procedente realizar un nuevo examen de constitucionalidad por cuanto i) se ha configurado la cosa juzgada formal relativa al demandarse nuevamente las mismas normas bajo idénticos cargos, ii) no se demostró la existencia de un nuevo contexto normativo y fáctico que hiciera necesario un nuevo juicio de constitucionalidad y iii) se radicó en el legislador a través de una Comisión de Seguimiento y Verificación de las Políticas de Generación de Empleo la modificación o derogación de las disposiciones que no hubieran logrado efectos prácticos, evaluación que es propia de un juicio político mas no jurídico.

En la sentencia C-038 de 2004, la Corte abordó el examen de constitucionalidad de varias disposiciones de la Ley 789 de 2002, dentro de las cuales se encuentran específicamente los artículos (...) 26, 28 (...), que ahora nuevamente se demandan. De esta manera, es claro que los preceptos legales acusados son los mismos a los examinados en la mencionada decisión. (...) la Corte resolverá que habrá de estarse a lo resuelto en la sentencia C-038 de 2004, que dispuso declarar exequible únicamente por los cargos estudiados los artículos 25, 26, 28 y 51 de la Ley 789 de 2002”.

3.3. En esta ocasión, los accionantes (D-12344), nuevamente demandan los postulados subrayados en los artículos 26, 28, 30 y 31 de la Ley 789 de 2002 por la presunta vulneración de los artículos 1, 2, 25, 53 y 93 de la Constitución y el artículo 5 del PIDESC, como parte del bloque de constitucionalidad. En el escrito de la demanda manifestaron que no se configura el fenómeno de la cosa juzgada constitucional pues los cargos alegados en esta oportunidad son diferentes a los presentados en las Sentencias C-038 de 2004 y C-257 de 2008.

Como sustento del recurso de súplica, afirmaron que, contrario a lo indicado en el auto de rechazo, en este caso se cumplen con los dos requisitos establecidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional en lo relativo a la cosa juzgada constitucional, estos son: (i) se demandan normas que se declararon exequibles, pero únicamente por los cargos estudiados; y (ii) los argumentos y cargos esgrimidos por los demandantes en las Sentencias C-084 de 2004 y C-257 de 2008, son diferentes a los expuestos por los demandantes del presente asunto. En ese sentido, “*se puede afirmar que estamos frente a una cosa juzgada implícita que se presenta cuando la Corte Constitucional limita los efectos de la cosa juzgada para autorizar en el futuro*

*vuelvan a plantearse argumentos de inconstitucionalidad sobre la misma disposición que tuvo pronunciamiento anterior (...)*³⁹.

Al respecto, sostienen que ambas sentencias (C-084 de 2004 y C-257 de 2008) no analizaron *“importantes argumentos constitucionales que ahora soportan la imprecación de un nuevo juicio constitucional formulado en la presente acción”*. Dichos argumentos son: **(i)** en las sentencias referidas no se asumió una idea de principios, como por ejemplo el principio de no regresividad; **(ii)** en el presente caso 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)** al momento de interponer la presente 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 inconstitucional, 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 cuya carga no tuviese que sea asumida solo por estos”*; **(iv)** el gobierno no ha demostrado que la disminución de los índices de desempleo en los últimos diez años en el país, sea consecuencia directa de la expedición de los preceptos normativos acusados como inconstitucionales, carga que estaba a su cargo; **(v)** la ponderación que realizó la Corte en su momento no tuvo en cuenta todos los elementos necesarios para determinar que la normativa demanda es regresiva. Por ejemplo, no analizó de manera rigurosa la adecuación, la necesidad y la proporcionalidad de la medida adoptada por el legislador a través de los apartes acusados; y **(vi)** la Corte no tuvo en cuenta la violación de principios tales como proporcionalidad, solidaridad y equilibrios de cargas públicas, además del principio de no regresividad, ya mencionado.

En consecuencia, afirmaron que no existe cosa juzgada toda vez que los cargos que se plantean en el caso *sub examine* no son idénticos o iguales y existen otros argumentos novedosos como los presentados con anterioridad, basados en principios jurídicos, fundamentados en una realidad social distinta *“y que la sentencia C-038 de 2004 declaró la cosa juzgada absoluta solo respecto del artículo 29 de la Ley 789 de 2002, declarando expresamente que frente a los artículos 26, 28 y 30 operaba una cosa juzgada relativa, esto es, se declarando (sic) constitucionales dichos artículos pero únicamente en relación a los cargos de impugnación analizados en la sentencia; 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”*.

Así mismo, manifestaron que, en caso de admitir que los cargos son idénticos en la forma, no lo son en su contenido, dada la concepción de los principios abordada por la Corte en las sentencias referidas; concepción distinta a la pretendida por los demandantes en razón de: **(i)** la fuerza normativa y la función de los principios jurídicos en el Estado Social de Derecho; y **(ii)** la necesidad de una definición o concepción del Principio de No Regresividad, de manera autónoma a la noción que se tiene de la Directriz de Progresividad. Al respecto, abordaron sendas explicaciones

³⁹ Los demandantes citan la Sentencia C-393 de 2011.

en relación con el Estado Constitucional y Social de Derecho (fines, características de las fuentes del derecho y noción de validez jurídica), la diferencia entre principios y directrices, y los principios jurídicos constitucionales (naturaleza y funciones). De lo que resulta, según los recurrentes, que la normativa acusada puede devenir inexecutable al ser confrontada con la nueva concepción del principio de no regresividad y con los principios no tenidos en cuenta en los anteriores juicios de constitucionalidad como lo son los principios de solidaridad, cargas públicas y proporcionalidad.

3.4. Ahora bien, la Sala Plena observa que, en principio, habría operado el fenómeno de cosa juzgada constitucional con respecto de las disposiciones acusadas, en la medida en que la Corte ya estudió la constitucionalidad de los artículos 26, 28, 30 y 31 de la Ley 789 de 2002, por la presunta vulneración de los artículos 1, 2, 25, 53 y 93 de la Constitución y el artículo 5 del PIDESC, cargos alegados por los aquí recurrentes.

En efecto, al realizar el control abstracto de constitucionalidad de las normas acusadas la Sala Plena encuentra que:

Artículos demandados	Cargos demanda D-12344	Cargos estudiados en C-038/2004	Decisión de C-175/2004	Decisión de C-257 2008
26	1, 2, 25, 53 y 93 de la Constitución y el artículo 5 del PIDESC	1, 2, 25, 53 y 93 de la Constitución y el PIDESC	N/A	ESTARSE A LO RESUELTO en la sentencia C-038 de 2004, que dispuso declarar EXEQUIBLES , pero únicamente por los cargos estudiados
28	2 de la Constitución y el artículo 5 del PIDESC	1, 2, 25, 53 y 93 de la Constitución y el artículo 5 del PIDESC	ESTARSE A LO RESUELTO en la sentencia C-038 de 2004, por los cargos allí estudiados	ESTARSE A LO RESUELTO en la sentencia C-038 de 2004, que dispuso " <i>declarar EXEQUIBLES, pero únicamente por los cargos estudiados</i> "
30	1, 2, 25, 53 y 93 de la Constitución y el artículo 5 del PIDESC	1, 2, 25, 53 y 93 de la Constitución y el artículo 5 del PIDESC	N/A	
31	1, 25, 53 de la Constitución y el artículo 5 del PIDESC		ESTARSE A LO RESUELTO en la sentencia C-038 de 2004 y, en consecuencia, declarar la EXEQUIBILIDAD del párrafo del	

			artículo 31 de la Ley 789 de 2002 ⁴⁰	
51	1, 2, 53 de la Constitución Política y el artículo 5 del PIDESC	1, 2, 25, 42, 53 y 93 de la Constitución y el artículo 5 del PIDESC	N/A	ESTARSE A LO RESUELTO en la sentencia C-038 de 2004, que dispuso “declarar EXEQUIBLES, pero únicamente por los cargos estudiados

En consecuencia, se ha dado cumplimiento a los requisitos para la configuración de la *cosa juzgada constitucional*, toda vez que (i) se demandan las mismas disposiciones normativas declaradas exequibles; y (ii) los argumentos y cargos expuestos por los demandantes del presente asunto son idénticos a los estudiados en sede de control abstracto de constitucionalidad.

3.5. De otra parte, en gracia de discusión, los accionantes afirman que, si bien se trata del estudio de las normas acusadas frente a los mismos cargos constitucionales en aquellas oportunidades, la Corte Constitucional omitió analizar “*importantes argumentos constitucionales*” respecto de:

- La nueva concepción del principio de no regresividad y los principios de solidaridad, cargas públicas y proporcionalidad.
- El Gobierno (rama ejecutivo o rama legislativo) no ha demostrado que la disminución de los índices de desempleo en los últimos diez años en el país sea consecuencia directa de la expedición de los preceptos normativos acusados como inconstitucionales, carga que estaba a su cargo; no han asumido la carga argumentativa dirigida a demostrar que las medidas legales impugnadas 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 cuya carga no tuviese que sea asumida solo por estos*”.

Al respecto la sala advierte que:

- En Sentencia **C-038 de 2004** esta Corporación analizó la proporcionalidad de las medidas contempladas en las disposiciones normativas acusadas y la posible vulneración al *principio constitucional de no regresividad*⁴¹, indicando que, si

⁴⁰ Según lo indicado por la Corte Constitucional en la Sentencia 175 de 2004 “(e)n la sentencia C-038 de 2004, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, se declaró la exequibilidad del inciso 10 del artículo 30 de la Ley 789 de 2002. Los actores argumentan que la norma acusada viola el derecho de negociación colectiva para regular las relaciones laborales y precisan que no hay ninguna razón jurídica que justifique que se prohíba pactar en convenciones colectivas de trabajo, pactos colectivos o laudos arbitrales cláusulas o artículos que acuerden que una empresa tendrá aprendices vinculados mediante contratos de trabajo. (...) En la sentencia C-038 de 2004, la Corte decidió que era exequible el inciso del artículo 30 que coincide normativamente con el párrafo del artículo 31 (...) el contenido normativo del inciso décimo del artículo 30 de la Ley 789 de 2003 es idéntico al del párrafo del artículo 31 de la misma ley. Por otra parte, los cargos de las dos demandas contra el inciso décimo del artículo 30 y el párrafo del artículo 31 de la Ley 789 son idénticos. Dado que ello es así, se puede afirmar que los argumentos para declarar la constitucionalidad del inciso décimo del artículo 30 de la Ley 789 de 2003 son aplicables a la demanda contra el párrafo del artículo 31 de la misma ley, razón por la cual se declarará que sobre esta norma existe cosa juzgada material, se seguirá el precedente y se declarará exequible el párrafo acusado del artículo 31 de la Ley 789 de 2002 (...)”

⁴¹ Según lo indicado por esta Corporación, mediante Sentencia C-115 de 2017 “(...) A pesar de que en ocasiones la jurisprudencia de esta Corte ha utilizado la expresión ‘principio de progresividad y no regresión’, el que implicaría que la no regresión también es un principio, como incluso se ha afirmado expresamente, la jurisprudencia más reciente se ha referido al principio de progresividad y a

bien las regulaciones impugnadas son menos favorables a los trabajadores empleados que aquellas que fueron subrogadas, no por ello resultan inconstitucionales.

Al respecto, señaló que “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. La pregunta que surge es si esa constatación del carácter menos favorable de esas regulaciones implica o no su inconstitucionalidad”. Al dar respuesta a este interrogante, concluyó que las normas acusadas no transgredían el principio de progresividad, por cuanto:

“La Corte encuentra que la ampliación de la jornada diurna es proporcionada y respeta los límites impuestos por la Constitución. Así, en todo caso, la norma mantiene la protección contra el trabajo nocturno, pues preserva los recargos nocturnos. La disposición amplía el entendimiento de la jornada ordinaria o diurna, pero lo hace respetando los mínimos constitucionales sobre qué es trabajo nocturno. Así, la Carta no trae una definición explícita de qué se entiende por jornada nocturna, por lo que en este punto resultan imprescindibles los convenios de la OIT, puesto que ellos traen definiciones de trabajo nocturno. (...) En forma semejante, las normas sobre recargo por festivos (art 26) o de flexibilización de la jornada de trabajo (art. 51) se mantienen dentro de los límites constitucionales. Así, la Constitución protege el derecho al descanso de los trabajadores, y por ello impone una jornada máxima de trabajo y períodos diarios y semanales de descanso (CP art 53).

(...) La Corte concluye que los artículos 26 y 51 respetan esos mínimos constitucionales pues mantienen los límites de las 8 horas diarias y 48 horas por semana, reconocen la obligación del descanso semanal, y establecen los correspondientes recargos en trabajos por festivos y dominicales.

(...) La Corte no encuentra que la precisión de qué se entiende por trabajo habitual u ocasional en días dominicales contenida en el parágrafo 2º del artículo 26 sea inconstitucional, pues representa una definición razonable que hace parte de la libertad del Legislador en esta materia. En efecto, la Carta no define directamente qué se entiende por trabajo habitual para efectos de los descansos compensatorios, por lo que nada impide que el Legislador tome como criterio el mes calendario, y señale que los trabajos dominicales, para ser considerados habituales, deben ser más de tres en ese período.

(...) La Corte no encuentra tampoco de recibo el cargo del actor de que el artículo 51 demandado sobre jornada flexible desconoce el derecho al descanso, a la recreación y a la unidad familiar, puesto que esa disposición no sólo respeta los límites mínimos impuestos por la Carta de 8 horas diarias y 48 horas semanales, sino que además se funda en el acuerdo del trabajador, lo cual significa que el empleador no podrá imponer

la regla de no regresión, como categorías jurídicas distintas: un principio y una regla, aunque estrechamente vinculadas. Se trata de una relación de género a especie, en la que la prohibición de absoluta de regresión (regla) es una de las manifestaciones del principio de progresividad el que, antes que una obligación de no hacer (el regreso arbitrario en el contenido prestacional de los derechos), implica una obligación amplia de hacer, cada vez más exigente para 'lograr gradual, sucesiva, paulatina y crecientemente la plena efectividad' del contenido prestacional de los derechos constitucionales (...).

16. En este sentido, mientras que “El mandato de progresividad prescribe que la eficacia y cobertura de las dimensiones prestacionales de los derechos constitucionales debe ampliarse de manera gradual y de acuerdo con la capacidad económica e institucional del Estado en cada momento histórico”, la “(...) prohibición de regresividad o prohibición de retroceso, se desprende de forma inmediata del mandato de progresividad y, de manera más amplia, del principio de interdicción de arbitrariedad, propio del Estado de Derecho: si un Estado se compromete en el orden internacional y constitucional a ampliar gradualmente la eficacia de los contenidos prestacionales de los derechos constitucionales, resulta arbitrario que decida retroceder en ese esfuerzo de manera deliberada. Además, pueden consultarse, entre otras, las Sentencias C-556/09 y C-372 de 2011.

unilateralmente esas jornadas flexibles. En ese mismo orden de ideas, tampoco encuentra la Corte reparos constitucionales a la posibilidad de que el patrono y el trabajador acuerden que el día de descanso semanal obligatorio sea el sábado, y no el domingo, como usualmente se ha hecho, pues la Carta y los tratados de derechos humanos ordenan que exista un día de descanso pero no fijan su fecha. La reducción de la indemnización por despido injusto, si bien implica un retroceso en la protección de la estabilidad laboral, respeta también los mínimos constitucionales.

(...) Aunque el artículo 28 acusado reduce los montos de la indemnización por despido injusto, por lo cual constituye un retroceso en la protección del derecho a la estabilidad del empleo, sin embargo mantiene sanciones por ese comportamiento indebido del empleador, con lo cual sigue amparando la estabilidad laboral, tal y como lo ordenan la Carta y los tratados de derechos humanos. (...) No desconoce el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades jurídicas (CP art. 53) que la norma acusada define el contrato de aprendizaje como una forma específica dentro del derecho laboral, que es distinta al contrato de trabajo, y que por ende no se rige exactamente por las mismas reglas que el contrato de trabajo, por la sencilla razón de que en la realidad, las relaciones de aprendizaje tienen especificidades frente a la relación laboral, que justifican un trato distinto. Esto significa que el contrato de aprendizaje tiene objetivos y especificidades que lo distinguen de la relación de trabajo ordinaria, por lo que es razonable que ciertos aspectos del mismo queden excluidos de la negociación colectiva, a fin de asegurar la viabilidad del conjunto del sistema de capacitación de la mano de obra en el país. Y en ese contexto, la Corte considera que la exclusión de dicha negociación del apoyo de sostenimiento mensual de los aprendices es una restricción proporcionada al derecho de negociación colectiva de los trabajadores, puesto que los aprendices no son en sentido estricto trabajadores y resulta razonable que si la ley obliga a las empresas a vincular a un determinado número de aprendices, al menos establezca salvaguardas para asegurar que esa vinculación no resulte desproporcionadamente onerosa, como es la de limitar la negociación colectiva en este preciso aspecto”.

Por lo expuesto, concluyó que “(...) los artículos 25, 26, 28, 30 y 51 de la Carta (sic) 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”⁴².

- En Sentencia **C-038 de 2004**, la Corte indicó que tanto el Legislador como el Gobierno justificaron la adecuación y necesidad de las medidas contempladas en los artículos 26, 28, 30, 51, de la Ley 789 de 2002. En palabras de esta Corporación:

“Tanto la exposición de motivos como las ponencias mayoritarias realizan amplias presentaciones teóricas y empíricas destinadas a defender la tesis básica que sustenta la reforma laboral, y que es la siguiente: 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.

(...) En tal contexto, la reducción de los recargos en festivos (art. 26) tiene un propósito semejante, pues busca permitir una mayor flexibilidad a las empresas, sin que dicha flexibilidad se traduzca en recargos salariales, con lo cual se considera que se fomenta el empleo en esos sectores. Estas medidas se ven complementadas por la introducción de la jornada laboral flexible (art. 51) que permitiría a las empresas, de común acuerdo con

⁴² Pronunciamiento reiterado en la Sentencias C-175 de 2004 y C-257 de 2008.

sus trabajadores, organizar turnos de trabajo, que flexibilicen la producción y reduzcan los costos, con lo cual las empresas pueden tornarse más competitivas y pueden contratar nuevos empleados.

(...) 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.

La modificación de la naturaleza y características del contrato de aprendizaje no estaba desarrollada en el proyecto originario presentado por el Gobierno, en donde, sobre ese tema, únicamente se solicitaban unas facultades extraordinarias para que el Gobierno regulara la organización, el funcionamiento, las características, la naturaleza y los efectos del contrato de aprendizaje. Sin embargo, el Congreso rechazó la concesión de las facultades extraordinarias y entró a regular directamente el asunto, por lo que, la ponencia para primer debate en sesiones conjuntas de ambas cámaras estudió detalladamente el problema de la naturaleza y características del contrato de aprendizaje, y la necesidad de reformar su régimen jurídico, a fin de fomentar el empleo. La tesis esencial sostenida por la ponencia es que, teniendo en cuenta que el desempleo golpea especialmente a la población joven, son necesarios mecanismos expeditos para la generación de empleo de dicha población, que sean además instrumentos que 'permitan a su vez atender la formación escolar superior, técnica o profesional con práctica empresarial', para lo cual "se deben consagrar como contratos especiales, sin naturaleza laboral y bajo ciertos lineamientos, replanteando para tal efecto el entendimiento del contrato de aprendizaje como ha venido siendo concebido".

(...) 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".

Así mismo, en Sentencia **C-257 de 2008**, esta Corporación analizó la disminución de los índices de desempleo y su relación con la expedición de los preceptos normativos demandados, carga que estaba a cargo del Gobierno. Al respecto, concluyó:

"(...) de las pruebas aportadas al presente asunto se observa que la Comisión de Seguimiento y Verificación a las Políticas de Generación de Empleo (arts. 45 y 46 de la Ley 789 de 2002), expidió en el mes de marzo de 2005, un primer informe presentado al Congreso denominado "Evaluación integral de la Política General de empleo y los principales componentes de la reforma laboral. Periodo 2003-2004". En dicho informe luego de reconocer la complejidad de disponer de métodos exactos para medir el impacto de algunas medidas de la reforma laboral, se indica que se tuvieron en cuenta varios estudios que emplearon diversas metodologías para concluir que "se recomienda al Congreso de la República mantener vigente la Ley 789 de 2002, que está en armonía con las disposiciones constitucionales y los tratados sobre derechos humanos laborales, más cuando existen unas favorables perspectivas del mercado laboral para el año 2005. Según los datos para el mes de enero, la tasa de desempleo disminuyó casi cuatro puntos porcentuales y hubo un incremento de 419.000 personas ocupadas. Sin embargo, se

recomienda al Gobierno Nacional tomar las medidas necesarias para que algunos componentes de la Reforma se optimicen, como los subsidios al empleo y al desempleo, el contrato de aprendizaje y el microcrédito, y monitorear constantemente los resultados de las diversas medidas'.

Los estudios que sirvieron de insumo a la Comisión fueron:

- (i) "Éxitos y fracasos de la reforma laboral", de Jairo Nuñez Méndez, Universidad de los Andes, diciembre de 2004.
- (ii) "Los efectos de la reforma laboral de 2002 en el mercado laboral colombiano", de Verónica Amarante y Rodrigo Arim, marzo de 2005.
- (iii) "La reforma laboral de 2002: ¿funcionó o no?", de Alejandro Gaviria U.
- (iv) "Impacto de la reforma laboral sobre la generación y calidad del empleo", de Hugo López Castaño, Remberto Rhenals Monterrosa y Elkin Castaño Vélez, diciembre de 2004.
- (v) Aproximaciones por el Ministerio de la Protección Social y el Departamento Nacional de Planeación.
- (vi) Encuestas por FENALCO y la ANDI.

(..) el Ministerio de la Protección Social con oficio del 21 de noviembre de 2007, en respuesta a una solicitud de esta Corporación, puso a disposición "la información central y complementaria correspondiente a la evolución de los indicadores de desempleo e informalidad y el informe final de la Comisión de Verificación y Seguimiento de las Políticas de Empleo previstas en la Ley 789 de 2002, la cual inició labores en el 2003 y entregó informe final en marzo de 2005"

Conforme a lo anterior, puede evidenciarse la existencia de diversos estudios sobre el impacto de la reforma laboral en la generación de empleo que concuerdan en gran proporción en señalar los efectos positivos que ha tenido para la generación de empleo la reforma laboral, por lo que la Comisión de Seguimiento y Verificación a las Políticas de Generación de Empleo recomendó mantener, con sujeción a las observaciones allí descritas, la vigencia de la Ley 789 de 2002.

(...) Además, como se expuso en la sentencia C-038 de 2004, el legislador consciente de la necesidad de evaluar luego de un tiempo razonable la eficacia real de las medidas adoptadas instituyó en los artículos 45 y 46 de la Ley 789 de 2002, una Comisión de Seguimiento y Verificación de las Políticas de Generación de Empleo la cual pasado dos años de vigencia de la ley procedió ciertamente a evaluar integralmente la política general de empleo. Así mismo, en dicha decisión se recordó el contenido del párrafo del artículo 46 de la Ley 789 de 2002, en el sentido que si al momento de presentarse la evaluación de los resultados las medidas legislativas no hubieren logrado los efectos prácticos para la generación de empleo "el Gobierno Nacional presentará al Congreso un proyecto de ley que modifique o derogue" dichas disposiciones, agregando que "aunque eso no implica que la vigencia de las reformas de la Ley 789 de 2002 sea temporal, sí significa que en ese momento esas reformas están sujetas a una evaluación y debate, por mandato de la ley, y que esa evaluación debería conducir incluso a la derogación de aquellas medidas que no hayan sido eficaces en la promoción del empleo".

Se estableció una responsabilidad en cabeza del Gobierno Nacional y del Congreso de la República para el evento en que la reforma laboral no hubiera alcanzado los efectos prácticos para la generación de empleo, lo cual constituye en opinión de la Corte una evaluación que es propia de un juicio político mas no jurídico. En otras palabras, al legislador se le facultó hasta modificar o derogar las medidas legislativas que no hubieren resultado eficaces para la promoción del empleo, previa evaluación y debate al interior de dicha célula congresional".

De esta manera, la Sala advierte que los accionantes no demostraron consistentemente la existencia de un nuevo contexto que justifique la intervención excepcional de la Corte Constitucional en aras de realizar un nuevo examen de constitucionalidad sobre los artículos 26, 28, 30 y 31 de la Ley 789 de 2002; medidas legislativas que ya fueron objeto de pronunciamiento en las Sentencias C-038 de 2004, C-175 de 2004 y C-257 de 2008.

4. Conclusión de la decisión

Frente a la situación descrita, concluye la Sala Plena de la Corte Constitucional, en coincidencia con el Magistrado Sustanciador Alejandro Linares Cantillo, que procede el rechazo de la demanda, conforme con lo dispuesto, para el efecto, por el artículo 6° del Decreto 2067 de 1991, al configurarse la *falta de competencia* en virtud del fenómeno de *sustracción de materia* o *carencia de objeto*.

En consecuencia y por las consideraciones previas, el proveído del 27 de octubre de 2017 -que rechazó la demanda de la referencia- deberá confirmarse en su integridad, por cuanto sus fundamentos jurídicos tienen pleno arraigo constitucional, están puestos en razón y se ajustan a derecho.

Así las cosas, la Corte negará el Recurso de Súplica de la referencia y, en consecuencia, confirmará el rechazo de la demanda, tal como fue ordenado por el magistrado sustanciador Alejandro Linares Cantillo, mediante el auto del 27 de octubre de 2017.

III. DECISIÓN

Por lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales,

RESUELVE

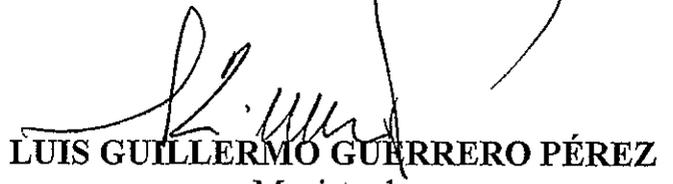
CONFIRMAR el auto del 27 de octubre de 2017, dictado por el Magistrado Sustanciador Alejandro Linares Cantillo, por medio del cual rechazó la demanda, identificada con el número de radicación **D-12344 A.C.**

Notifíquese, comuníquese, cúmplase y archívese el expediente.

NO INTERVIENE
ALEJANDRO LINARES CANTILLO
Presidente



CARLOS LIBARDO BERNAL PULIDO
Magistrado



LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ
Magistrado



DIANA FAJARDO RIVERA
Magistrada



ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO
Magistrado



GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
Magistrada



CRISTINA PARDO SCHLESINGER
Magistrada



JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS
Magistrado



ALBERTO ROJAS RÍOS
Magistrado



MARTHA VICTORIA SACHICA MÉNDEZ
Secretaria General

Duro 160118