

Conceptos D-15103 y D-15123

Juan Sebastian Vega Rodriguez <jvega@procuraduria.gov.co>

Lun 10/04/2023 16:22

Para: Secretaria3 Corte Constitucional <secretaria3@corteconstitucional.gov.co>

CC: Martha Ligia Castiblanco Prado <mcastiblanco@procuraduria.gov.co>

📎 2 archivos adjuntos (672 KB)

Concepto D-15103.pdf; Concepto D-15123.pdf;

Bogotá, D.C., 10 de abril de 2023

Honorables Magistrados
Corte Constitucional
Ciudad

Respetados Señores Magistrados:

Por instrucción de la Señora Procuradora General de la Nación, de manera atenta, me permito remitir adjunto los conceptos correspondientes a los procesos D-15103 y D-15123, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 242.2 y 278.5 de la Constitución Política.

Cordialmente,



PROCURADURIA
GENERAL DE LA NACION

Juan Sebastián Vega Rodríguez

Procurador Auxiliar

Procuraduría Auxiliar Asuntos Constitucionales

jvega@procuraduria.gov.co

PBX: +57 601-587-8750

Línea Nacional Gratuita: 01 8000 940 808

Carrera 5 # 15 - 80, Bogotá D.C.

Código Postal 11032



Bogotá, D.C., 10 de abril de 2023

Honorables Magistrados
CORTE CONSTITUCIONAL
Ciudad

Expediente: D-15123

Referencia: Acción pública de inconstitucionalidad interpuesta por Juan Felipe Parra Rosas y otros contra el literal a) del artículo 6° de la Ley 2191 de 2022, *“Por medio de la cual se regula la desconexión laboral – Ley de desconexión laboral”*.

Magistrada Ponente: Diana Fajardo Rivera

Concepto No.: 7181

De conformidad con el artículo 278.5 de la Constitución Política¹, rindo concepto en el asunto de la referencia.

I. Antecedentes

Los ciudadanos Juan Felipe Parra Rosas, Jerónimo Ocampo Meléndez y Alexander Galvis Vega interponen demanda de inconstitucionalidad contra el literal a) del artículo 6° de la Ley 2191 de 2022, cuyo texto se subraya enseguida:

“Artículo 6°. Excepciones. No estarán sujetos lo dispuesto en esta ley:

a) Los trabajadores y servidores públicos que desempeñen cargos de dirección, confianza y manejo;

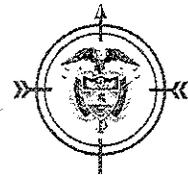
b) Aquellos que por la naturaleza de la actividad o función que desempeñan deban tener una disponibilidad permanente, entre ellos la fuerza pública y organismos de socorro;

c) Situaciones de fuerza mayor o caso fortuito, en los que se requiera cumplir deberes extra de colaboración con la empresa o institución, cuando sean necesarios para la continuidad del servicio o para solucionar situaciones difíciles o de urgencia en la operación de la empresa o la institución, siempre que se justifique la inexistencia de otra alternativa viable”.

Los accionantes consideran que la disposición cuestionada desconoce el principio de igualdad y el derecho al descanso del trabajador², en tanto se trata de una medida desproporcionada que sin existir una razón suficiente excluye del goce de la prerrogativa a la desconexión laboral a los empleados que se desempeñan en cargos de dirección, confianza y manejo.

¹ Artículo 278. El Procurador General de la Nación ejercerá directamente las siguientes funciones: (...) 5. Rendir concepto en los procesos de control de constitucionalidad”.

² Cfr. Artículos 13, 25 y 53 de la Constitución Política.



PROCURADURIA
GENERAL DE LA NACION

II. Consideraciones del Ministerio Público

En el artículo 13 de la Carta Política se contempla el principio de igualdad como un mandato de optimización, el cual debe ser materializado en la mayor medida de lo posible por las autoridades y, en especial, por el Congreso de la República al expedir las leyes, asegurando igual trato a situaciones idénticas y diferenciado ante circunstancias no asimilables³.

Sobre el particular, se destaca que la base del modelo acogido por la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 se fundamenta en la fórmula clásica: *“hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual”*⁴, la cual, según la doctrina especializada, deriva en dos normas⁵: (i) *“si no hay una razón suficiente para permitir un trato desigual, entonces está ordenado un trato igual”*; y (ii) *“si hay una razón suficiente para ordenar un trato desigual, entonces está ordenado un trato desigual”*⁶.

Por consiguiente, es posible para el Congreso de la República establecer en la normativa un trato diferencial entre sujetos comparables si existe una *“razón suficiente”* que permita explicar la distinción respectiva, es decir, si es posible identificar una argumentación lógica basada en la dogmática constitucional que descarte escenarios de arbitrariedad del legislador⁷.

A su turno, en el artículo 25 de la Constitución se dispone que *“el trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas”*. Adicionalmente, en el artículo 53 Superior se indica que *“el Congreso expedirá el estatuto del trabajo”*, en el cual deberá reconocer, entre otros, el derecho al *“descanso necesario”*.

Al respecto, en la jurisprudencia constitucional ha señalado que *“la protección al trabajo establecida por mandato del artículo 25 constitucional, incluye la fijación de jornadas máximas, dentro de las cuales los trabajadores presten los servicios propios de la relación laboral y estén sometidos a las órdenes del patrono”*, así como que el establecimiento de un horario *“se acompasa con el necesario descanso que es un derecho y que tiene como fines, entre otros, permitirle al trabajador recuperar las energías gastadas en la actividad que desempeña, proteger su salud física y mental, el desarrollo de la labor con mayor eficiencia, y la posibilidad de atender otras tareas que permitan su desarrollo integral como persona”*⁸.

³ Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-250 de 2012 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), C-015 de 2014 (M.P. Mauricio González Cuervo) y C-084 de 2020 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

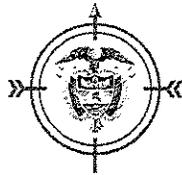
⁴ Cfr. Aristóteles. *La Política*. Editorial Panamericana: Bogotá, 2000, págs. 134 a 135.

⁵ En la Sentencia C-084 de 2020 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado), la Corte Constitucional resaltó que la igualdad *“contiene dos mandatos específicos: de una parte, el deber de tratamiento igual a supuestos de hecho equivalentes; y de otra, la obligación de consideración desigual ante situaciones diferentes que ameriten una regulación diversa”*.

⁶ Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales* (2ª ed.). Centro de Estudios y Políticos de Madrid: España, 2016, página 372. Igualmente, ver: Corte Constitucional, Sentencia C-022 de 1996 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).

⁷ Cfr. Arias Toro, Javier. *Interpretación, argumentar y persuadir – Hermenéutica aplicada* (2ª ed.). Editorial Temis: Bogotá (2020), págs. 133 y siguientes.

⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-372 de 1998 (M.P. Fabio Morón Díaz), reiterando los fallos C-710 de 1996 (M.P. Jorge Arango Mejía) y C-024 de 1998 (M.P. Hernando Herrera Vergara).



PROCURADURIA
GENERAL DE LA NACION

Igualmente, se ha explicado que la definición de la jornada laboral puede ser objeto de excepciones por parte del legislador, dado que el derecho al descanso no es absoluto y, por ende, puede ser restringido producto de su ponderación con otros bienes constitucionales. En consecuencia, es posible para el Congreso de la República contemplar para ciertos trabajadores *“una mayor disponibilidad que la exigida a los demás operarios”*⁹.

Sin embargo, la Corte Constitucional ha precisado que dicho escenario es *“excepcional”*, por lo que *“las hipótesis en las que haya lugar a demandar la presencia del trabajador en días y horas distintos a los de la jornada normal no deben quedar al capricho del empleador, sino que han de venir previamente definidas en la ley y obedecer a circunstancias objetivas y razonables”*¹⁰.

En suma, se advierte que la validez constitucional de una norma legal que establezca un trato diferencial entre trabajadores en relación con la jornada laboral dependerá de que la distinción incorporada por el Congreso de la República se encuentre fundada en: (a) una razón suficiente, (b) de naturaleza objetiva, (c) que responda a criterios de proporcionalidad.

Pues bien, el Ministerio Público considera que la demanda de la referencia contra el literal a) del artículo 6° de la Ley 2191 de 2022 no está llamada a prosperar, porque el desempeño de un cargo de dirección, manejo y confianza es una razón válida constitucionalmente para establecer un trato diferencial entre los empleados públicos y particulares que ocupan dichas posiciones de privilegio y los demás trabajadores en relación con la aplicación de la prerrogativa de desconexión laboral, es decir, con *“el derecho (...) a no tener contacto, por cualquier medio o herramienta, bien sea tecnológica o no, para cuestiones relacionadas con su ámbito o actividad laboral, en horarios por fuera de la jornada ordinaria o jornada máxima legal de trabajo o convenida, ni en sus vacaciones o descansos”*¹¹.

En concreto, el precedente constitucional indica que el desempeño de un cargo de dirección, manejo y confianza constituye una *razón suficiente* para la diferenciación entre los empleados. Lo anterior, en tanto *“la responsabilidad aneja a actividades de esta índole es de mayor entidad que la originada en funciones corrientes”* y, por ello, se justifica solicitarle al trabajador que las desempeña una disponibilidad distinta debido a que su fuerza laboral *“reviste de una especial importancia en cualquier organización, resultando esencial para el cabal desarrollo de sus actividades, la preservación de sus intereses fundamentales y la realización concreta de sus fines”*¹².

Precisamente, en la Sentencia C-372 de 1998¹³, la Corte Constitucional determinó que establecer el desempeño de cargos de dirección, manejo y confianza *“como una excepción a la regulación sobre jornada máxima legal de trabajo, se inscribe dentro de la facultad que asiste al legislador para definir situaciones específicas en las que se justifique solicitarle al trabajador una disponibilidad diferente”*.

⁹ Ibídem. En una línea similar, ver: Corte Constitucional, Sentencia C-035 de 2005 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-372 de 1998 (M.P. Fabio Morón Díaz).

¹¹ Cfr. Artículo 3° de la Ley 2191 de 2022.

¹² Corte Constitucional, Sentencia C-372 de 1998 (M.P. Fabio Morón Díaz).

¹³ M.P. Fabio Morón Díaz.

Así mismo, la diferenciación basada en el desempeño de cargos de dirección, de confianza y de manejo es *naturaleza objetiva*, puesto que la calificación de una posición laboral en la referida categoría no depende de la calidad del empleador ni puede fijarse de forma arbitraria¹⁴, porque debe obedecer a criterios jurídicos y, en este sentido, no se puede llegar a considerar que cualquier trabajador ocupa dicha tipología de plaza a fin de restringir el alcance de sus derechos. En concreto, la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que:

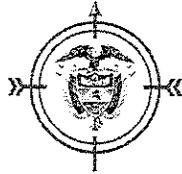
“Para precisar si una determinada actividad implica el desempeño de un cargo ‘de dirección, de confianza o de manejo’ debe estudiarse en cada caso la respectiva relación de trabajo, en función de los intereses y necesidades fundamentales de cada empresa (...). En apoyo de lo anterior, es oportuno citar lo expresado sobre el particular por el tratadista Mario de la Cueva en su obra Derecho Mexicano del Trabajo, que dice: ‘Ahí donde están en juego la existencia de la empresa, sus intereses fundamentales, su éxito, su prosperidad, la seguridad de sus establecimientos, el orden esencial que debe reinar entre sus trabajadores, debe hablarse de empleados de confianza’.

No basta, pues, para incluir dentro del régimen exceptivo a las personas que ocupan ciertos y determinados puestos, porque estos sean de confianza, sino que es indispensable que la función que se desempeñe en los puestos de que se trata sea sustancialmente de confianza y este carácter depende de las actividades que se desempeñen. Así lo ha entendido la jurisprudencia al expresar: ‘Desde luego, en todo trabajador, se deposita un mínimo de confianza que responde a las exigencias de lealtad, honradez, aptitud y demás calidades derivadas de la especial naturaleza de la relación laboral. Pero cuando a esas condiciones comunes se agregan otras que, por comprometer esencialmente los intereses morales o materiales del patrono, implican el ejercicio de funciones propias de éste, el elemento confianza adquiere singular relieve y por ello se le usa para calificar o distinguir el carácter del empleado’.

Además, el concepto que implica el término -cargo de confianza-, según el alcance y contenido que se deja expuesto, no ha de existir solamente en un momento de la relación de trabajo, pues no puede calificarse como empleado de confianza a aquél que, no siéndolo según sus funciones esenciales y permanentes, en un momento dado y con carácter transitorio, para llenar vacíos en la empresa le sean asignados o impuestos servicios de tal, por el patrono.

En efecto, si esta especial categoría de trabajadores, creada por el legislador, obedece de manera esencial o fundamental a la necesidad de las empresas de proteger sus altos intereses, su propiedad o patrimonio, parece lógico deducir que las personas señaladas o escogidas por el patrono para realizar esas determinadas actividades o funciones, lo sean en atención a sus antecedentes personales, a su capacidad y moralidad, además de los conocimientos técnicos que el cargo requiera; esto hace suponer que debe tratarse de situaciones estables a las que de ordinario llega el trabajador bien sea por sus antecedentes y trayectoria en la prestación de servicios anteriores a la empresa, o porque sus calidades especiales de que es poseedor y de

¹⁴ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencias SL-10340 de 1998 (M.P. Francisco Escobar Henríquez), SL-22505 de 2004 (M.P. Luis Javier Osorio López), SL-34417 de 2008 (M.P. Luis Javier Osorio López), SL-38783 de 2011 (M.P. Jorge Mauricio Burgos Ruiz), SL-40016 de 2012 (M.P. Elsy Del Pilar Cuello Calderón), SL-42228 de 2013 (M.P. Jorge Mauricio Burgos Ruiz), SL-49407 de 2017 (M.P. Omar de Jesús Restrepo Ochoa), SL-4277 de 2018 (M.P. Giovanni Francisco Rodríguez Jiménez) y SL-4429 de 2019 (M.P. Santander Rafael Brito Cuadrado).



PROCURADURIA
GENERAL DE LA NACION

*que seguramente tiene conocimiento el empleador, le permiten obtener esa clase de distinciones para desempeñar un cargo de dirección, de confianza o de manejo*¹⁵.

A su vez, en tratándose de los directivos de las entidades públicas y su disponibilidad laboral, la Sección Segunda del Consejo de Estado ha señalado que:

*“Es evidente que en el orden jerárquico de los empleos públicos existen algunos que por su naturaleza y las funciones correspondientes no están sujetos a jornada de trabajo, esto es, no están sometidos a horario, sino que, por el contrario, sus titulares se entienden están comprometidos en todo momento al ejercicio de las funciones que le son propias*¹⁶.

En el orden de la actividad privada la ley consagra expresamente cuáles trabajadores no están sujetos a jornada alguna de trabajo por razón de la función desempeñada y entre ellos, los primeros, son los empleados de dirección y de confianza. En el sector privado un presidente de empresa, un gerente, vicepresidente o subgerente no está sujeto a jornada de trabajo. Se entiende que las obligaciones y responsabilidades propias del cargo implican que tales empleados están en disponibilidad en todo momento para acudir al cumplimiento de sus deberes.

*Si esto se predica, con definición legal, de los empleados del sector privado, con cuánta mayor razón debe consagrarse este criterio para los empleados del servicio público, cuyo correcto desempeño interesa a la comunidad entera y compromete la tranquilidad ciudadana, el orden público y la seguridad de las personas, factores todos que requieren que en ningún momento pueda presentarse un vacío de autoridad que pudiere producir funestas consecuencias*¹⁷.

En este orden de ideas, es claro que *“el trabajador de dirección, confianza y manejo no es una condición que se adquiere en virtud de una cláusula, sino en razón de la índole de sus funciones*¹⁸, por lo cual la restricción del goce del derecho a la desconexión laboral que contiene la norma acusada no queda al capricho del empleador, dado que la calificación de la tipología del cargo que habilita la limitación de dicha prerrogativa responde a una categoría jurídica decantada suficientemente en la jurisprudencia.

Por lo demás, se evidencia la exclusión de los trabajadores públicos y privados que se desempeñan en cargos de dirección, confianza y manejo de la regulación referente a la desconexión laboral responde a *criterios de proporcionalidad*, ya que:

(i) Por un lado, se trata de una restricción que optimiza la libertad de empresa, así como los principios de eficacia y celeridad que orientan la función pública¹⁹, dado que la disponibilidad de los directivos facilita el desarrollo de las actividades de las compañías y entidades del Estado, en especial, en

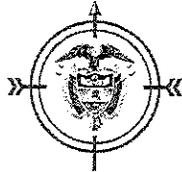
¹⁵ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia del 23 de julio de 1959 (M.P. Luis Fernando Paredes), citada en por la Corte Constitucional en el fallo C-372 de 1998 (M.P. Fabio Morón Díaz).

¹⁶ *“Es de elemental sentido común, es de Perogrullo, que la función pública que ejercen [los directivos del Estado] y la investidura que tienen son permanentes en el tiempo, no separables, unas horas sí y otras horas no”.*

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia del 20 de marzo de 1980 (M.P. Ignacio Reyes Posada).

¹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia SL-1068 de 2021 (M.P. Omar Ángel Mejía Amador).

¹⁹ Cfr. Artículos 209 y 333 de la Constitución Política.



PROCURADURIA
GENERAL DE LA NACION

tratándose de la ejecución de funciones de cuidado especial que, por su naturaleza e importancia para la organización, únicamente pueden ser desempeñadas por el trabajador vinculado para el efecto²⁰; y

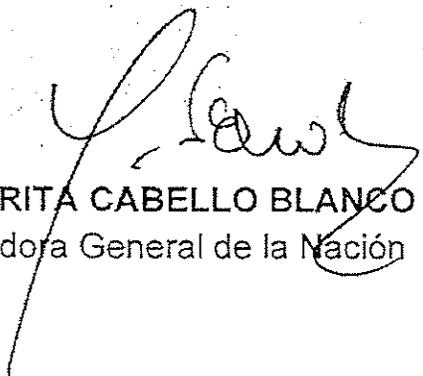
(ii) De otro lado, la limitación no afecta de forma irrazonable los derechos de los trabajadores, porque, además del salario más elevado que es connatural a los cargos de dirección, confianza y manejo²¹, no se elimina la posibilidad de que los empleados que ocupan dichas plazas laborales disfruten de los días de descanso obligatorio en la semana o de los periodos de vacaciones²². En efecto, la norma demandada solamente impone el deber de estar disponibles en dichos tiempos de reposo en caso de ser requeridos por la empresa o entidad a la que prestan sus servicios, sin perjuicio de que, en el evento de laborar en esos lapsos producto del llamado de los empleadores, se deban reconocer los compensatorios correspondientes²³, así como pagar los recargos nocturnos o dominicales y festivos respectivos²⁴.

Así las cosas, la Procuraduría General de la Nación estima que el literal a) del artículo 6° de la Ley 2191 de 2022 constituye una ordenación legítima desde una perspectiva constitucional, puesto que no desconoce el principio de igualdad ni los derechos de los trabajadores. Por consiguiente, se solicitará a la Corte Constitucional que declare su exequibilidad.

III. Solicitud

Por las razones expuestas, el Ministerio Público le solicita a la Corte Constitucional que declare la **EXEQUIBILIDAD** del literal a) del artículo 6° de la Ley 2191 de 2022, “*Por medio de la cual se regula la desconexión laboral – Ley de desconexión laboral*”.

Atentamente,


MARGARITA CABELLO BLANCO
Procuradora General de la Nación

Proyectó: Olga Lucía Abello Restrepo – Asesora Grado 19.

Aprobó: Juan Sebastián Vega Rodríguez – Procurador Auxiliar para Asuntos Constitucionales. JSUR

²⁰ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-372 de 1998 (M.P. Fabio Morón Díaz).

²¹ Ello, puesto que, en los términos del artículo 53 de la Constitución Política, la remuneración debe ser “proporcional a la cantidad y calidad del trabajo”.

²² En la Sentencia C-171 de 2020 (M.P. José Fernando Reyes Cuartas), la Corte Constitucional recordó que “el derecho al descanso tiene como propósito que durante un tiempo determinado el trabajador cese sus actividades laborales y se recupere del desgaste que genera el trabajo (...). Este derecho ha sido materializado a través de la limitación de la jornada de trabajo, el otorgamiento del descanso semanal y la consagración de un periodo de vacaciones anuales”.

²³ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-372 de 1998 (M.P. Fabio Morón Díaz).

²⁴ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencias SL-40016 de 2012 (M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón) y SL-6738 de 2016 (M.P. Jorge Luis Quiroz Alemán).