COPIA DE CONSULTA · DOCUMENTO PÚBLICO OFICIAL

Sentencia C/351/13

Corte	Corte Constitucional
Tipo	Sentencia de constitucionalidad
Referencia	C/351/13
Expediente	—
Fecha	2001-10-04
Sala	Sala concluyó
Magistrado ponente	JORGE IGNACIO
Partes	—

Temas que titula la Corte Constitucional

- Omision Legislativa Relativa En Ley Que Regula Y Promueve El Teletrabajo
- Control Constitucional De Omision Legislativa
- Control Constitucional De Omision Legislativa Absoluta
- Control Constitucional De Omision Legislativa Relativa
- Omision Legislativa Relativa
- Demanda De Inconstitucionalidad Por Omision Legislativa Relativa

Resumen del caso (según la propia sentencia)

La Corte resolvió: primero. - Declarar EXEQUIBLE el artículo 3º de la Ley 1221 de 2008, siempre y cuando se entienda que las organizaciones sindicales hacen parte de aquellas entidades que acompañarán al Ministerio del Trabajo en su misión de diseñar la política pública de fomento al teletrabajo. Segundo.- INHIBIRSE de proferir pronunciamiento en relación con el numeral 1 del artículo 6 de la Ley 1221 de 2008, por ineptitud sustantiva de la demanda. Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese, cúmplase y…

Texto completo

C-351-13 REPUBLICA DE COLOMBIA Sentencia C-351/13 DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISION LEGISLATIVA EN LEY QUE REGULA Y PROMUEVE EL TELETRABAJO- Procedencia/ OMISION LEGISLATIVA RELATIVA EN LEY QUE REGULA Y PROMUEVE EL TELETRABAJO- Configuración por cuanto no se previó la participación de los trabajadores u organizaciones sindicales en la formulación de la política pública de fomento al teletrabajo En el presente caso se demanda el artículo 3º de la ley 1221 de 2008 que determina los responsables de la formulación de una política pública de fomento al teletrabajo, porque, según los accionantes, el legislador incurrió en una omisión legislativa relativa al omitir la participación de las organizaciones sindicales en la construcción de dicha política, con lo que se transgrede el pilar fundamental de la democracia participativa establecida en el Constitución, el principio de participación en la toma de decisiones por parte de quienes son afectados por una política pública y lo dispuesto en tratados internacionales que prevén la obligación de garantizar la participación de los trabajadores en asuntos laborales. La Sala concluyó que efectivamente la omisión legislativa relativa se configuraba por cuanto: (i) existe un regulación incompleta, (ii) en un texto normativo preciso, existente y determinado del cual se deriva la omisión, (iii) el artículo 3º de la Ley 1221 de 2008 excluye a los trabajadores, en cabeza de los sindicatos, de la

participación en la elaboración de la política pública del teletrabajo, olvidando que tanto la Constitución como la jurisprudencia constitucional han establecido el derecho a la participación de los sectores que se ven directamente afectados con dicha política, (iv) no existe razón suficiente que justifique la omisión relativa en la que incurrió el legislador, (v) con el silencio del legislador se vulnera el derecho a la participación y (vi) pese a que existe un deber impuesto del Constituyente referido a las garantías que deben ser reconocidas a los trabajadores.

CONTROL CONSTITUCIONAL DE OMISION LEGISLATIVA- Reiteración de jurisprudencia/ CONTROL CONSTITUCIONAL DE OMISION LEGISLATIVA ABSOLUTA- Incompetencia de la Corte Constitucional/ CONTROL CONSTITUCIONAL DE OMISION LEGISLATIVA RELATIVA- Competencia de la Corte Constitucional OMISION LEGISLATIVA RELATIVA- Concepto/ OMISION LEGISLATIVA RELATIVA- Eventos en que se configura La omisión legislativa relativa tiene lugar cuando el legislador "al regular o construir una institución omite una condición o un ingrediente que, de acuerdo con la Constitución, sería exigencia esencial para armonizar con ella, y puede ocurrir de varias maneras: (i) cuando expide una ley que si bien desarrolla un deber impuesto por la Constitución, favorece a ciertos sectores y perjudica a otros; (ii) cuando adopta un precepto que corresponde a una obligación constitucional, pero excluye expresa o tácitamente a un grupo de ciudadanos de los beneficios que otorga a los demás; y (iii) cuando al regular una institución omite una condición o un elemento esencial exigido por la Constitución.

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISION LEGISLATIVA RELATIVA- Requisitos de procedencia La Corte ha sostenido que para que pueda prosperar un cargo por omisión legislativa relativa resulta necesario:

"(i) que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo; (ii) que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta; (iii) que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente; (iv) que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma; y (v) que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador" TELETRABAJO- Modalidad de contratación laboral/ TELETRABAJO- Definición/ TELETRABAJO- Modalidades para su ejercicio/ TELETRABAJO- Otras modalidades La Ley 1221 de 2008 establece una nueva modalidad de contrato laboral denominada "el teletrabajo", y lo define como una forma de organización laboral " que consiste en el desempeño de actividades remuneradas o prestación de servicios a terceros utilizando como soporte las tecnologías de la información y la comunicación – TIC para el contacto entre el trabajador y la empresa, sin requerirse la presencia física del trabajador en un sitio específico de trabajo", siendo el teletrabajador la "Persona que desempeña actividades laborales a través de tecnologías de la información y la comunicación por fuera de la empresa a la que presta sus servicios". Son tres las modalidades prevista en la disposición para el ejercicio del teletrabajo:

(i) los autónomos, que son aquellos que utilizan su propio domicilio o un lugar escogido para desarrollar su actividad profesional, puede ser una pequeña oficina, un local comercial. En este tipo se encuentran las personas que trabajan siempre fuera de la empresa y sólo acuden a la oficina en algunas ocasiones, (ii) los móviles, trabajadores que no tienen un lugar de trabajo establecido y cuya herramienta de trabajo son las tecnologías de la información y la comunicación en dispositivos móviles y (iii) los suplementarios, que laboran dos o tres días a la semana en su casa y el resto del tiempo en una oficina.

TELETRABAJO- Necesidad de regularización El surgimiento de esta nueva modalidad laboral redefine la concepción clásica de subordinación y ha mostrado a su vez, la necesidad de regularizar las condiciones en que se presta, protegiendo al trabajador de posibles abusos o del desconocimiento de sus derechos laborales.

DERECHO A LA PARTICIPACION- Protección constitucional/ DERECHO A LA PARTICIPACION- Carácter fundamental/ DERECHO A LA PARTICIPACION- Alcances/ DERECHO A LA PARTICIPACION- Naturaleza expansiva El derecho a la participación está consagrado en la Constitución Política como una manifestación del principio democrático del Estado Social de Derecho, resultando fundamental en la relación de las autoridades estatales y los ciudadanos, y en el intervenir de éstos en la gestión pública, por lo que puede ser entendida como una acción incluyente, es decir, una acción que integra y articula a los partícipes de las dinámicas sociales. En cuanto a su protección, la jurisprudencia constitucional ha señalado que éste no se circunscribe únicamente a la esfera electoral o estatal, sino que incluye otros espacios en los cuales se adoptan decisiones que afectan la forma de vida de los ciudadanos, tal como se ha manifestado en reiteradas oportunidades en su jurisprudencia.

El derecho a la participación es una de las principales consecuencias de la democracia participativa y no solamente les permite a los ciudadanos la posibilidad de elegir y ser elegidos sino también de intervenir de manera directa en las decisiones que afectan a la comunidad. Así pues, la participación de los trabajadores en la implementación de políticas públicas que puedan afectarlos directamente, constituye una exigencia que no sólo desarrolla los artículos constitucionales, sino que también es una exigencia dentro de un paradigma participativo de la democracia.

DERECHO A LA PARTICIPACION- Instrumentos internacionales POLITICA PUBLICA- Condiciones que debe reunir/ POLITICA PUBLICA CON PARTICIPACION DEMOCRATICA La jurisprudencia constitucional ha precisado tres condiciones básicas, a la luz de la Constitución Política, que debe observar toda política pública orientada a garantizar un derecho constitucional, a saber: (i) la primera es que la política efectivamente exista; (ii) la segunda es que la finalidad de la política pública debe tener como prioridad garantizar el goce efectivo del derecho; y (iii) la tercera condición es que los procesos de decisión, elaboración, implementación y evaluación de la política pública permitan la participación democrática.

SINDICATOS Y ASOCIACION DE TRABAJADORES- Función de representación de intereses de los trabajadores TRIPARTISMO EN LAS RELACIONES LABORALES- Concepto/ TRIPARTISMO EN LAS RELACIONES LABORALES- Instrumentación por parte de la OIT SENTENCIA INTEGRADORA POR OMISION LEGISLATIVA RELATIVA- Procedencia por exclusión de trabajadores u organizaciones sindicales en el diseño de una política pública de fomento al teletrabajo/ SENTENCIA INTEGRADORA POR OMISION LEGISLATIVA RELATIVA- Justificación de su aplicación Ante la configuración de una omisión legislativa relativa que no implica necesariamente la expulsión del ordenamiento jurídico de las expresiones acusadas, ya que una decisión de esa naturaleza dejaría sin la existencia misma de la política pública del teletrabajo, por lo cual se impone proferir una sentencia integradora, a partir de la cual se declare la exequibilidad condicionada del artículo 3º de la Ley 1221 de 2008 , bajo el entendido que las organizaciones sindicales hacen parte de aquellas entidades que acompañarán al Ministerio del Trabajo en su misión de diseñar la política pública de fomento al teletrabajo.

SENTENCIA DE EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA- Procedencia/ SENTENCIA DE EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA- Inclusión de organizaciones sindicales en el diseño de la política pública de fomento al teletrabajo ACCION PUBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD- Requisitos/ INHIBICION DE LA CORTE CONSTITUCIONAL- Ineptitud sustantiva de la demanda por incumplimiento del requisito de certeza en cargos de inconstitucionalidad El artículo 2° del Decreto 2067 de 1991 señala los elementos indispensables que debe contener la demanda en los procesos de inconstitucionalidad, determinando que el ciudadano que ejerce la acción pública de inconstitucionalidad contra una norma determinada debe referir con precisión el objeto demandado, el concepto de la violación y la razón por la cual la Corte es competente para conocer del asunto. Así, para que realmente exista en la demanda una imputación o un cargo de inconstitucionalidad, es indispensable que estos permitan efectuar a la Corte Constitucional una verdadera confrontación entre la norma acusada, los argumentos expuestos por el demandante y la

disposición constitucional supuestamente vulnerada, pero no cualquier tipo de argumentación sirve de sustento al análisis que debe realizar el juez de constitucionalidad, pues esta Corporación ha señalado que las razones presentadas por los accionantes deben ser claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes, y de no ser así, la decisión que adopte la Corte necesariamente deberá ser inhibitoria. En el presente caso, el cargo formulado contra el numeral 1 del artículo 6º de la Ley 1221 de 2008 por vulneración del derecho a la igualdad de los teletrabajadores frente a los trabajadores ordinarios, encuentra la Corte que carece de certeza, ya que se deriva de una lectura aislada de la norma y no de la disposición misma.

Referencia: expediente D- 9380 Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 3 y el numeral 1 del artículo 6 de la Ley 1221 de 16 de Julio de 2008, " Por la cual se establecen normas para promover y regular el Teletrabajo y se dictan otras disposiciones ".

Magistrado Ponente: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB Bogotá D. C., diecinueve (19) de junio de dos mil trece (2013) La Sala Plena de la Corte Constitucional , conformada por los magistrados Jorge Iván Palacio Palacio -quien la preside-, María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Nilson Pinilla Pinilla, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Alberto Rojas Ríos y Luís Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y en cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la presente sentencia con fundamento en los siguientes:

1. ANTECEDENTES En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, los ciudadanos Gustavo Gallón, Fátima Esparza Calderón, Juan Camilo Rivera Rúgeles y José Luciano Sanín Vásquez demandaron la constitucionalidad del artículo 3 y del numeral 1 del artículo 6 de la ley 1221 de 16 de Julio de 2008 " Por la cual se establecen normas para promover y regular el Teletrabajo y se dictan otras disposiciones ".

Mediante Auto del 26 de noviembre del dos mil doce, el Despacho del Magistrado Sustanciador admitió la demanda presentada. En atención a lo anterior, comunicó de la iniciación del proceso de constitucionalidad al Presidente de la República, al Congreso de la República, a los Ministerios de Hacienda y Crédito Público, y del Trabajo y la Superintendencia del Subsidio Familiar. De igual manera, invitó a participar del asunto a la Asociación Nacional de Cajas de Compensación Familiar – Asocajas-, a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, a las Facultades de Derecho de las Universidades de los Andes, Nacional, Pontificia Bolivariana, Javeriana, Universidad del Sinú, Universidad Sergio Arboleda, Universidad Externado de Colombia, Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, para que, en caso de considerarlo pertinente, intervinieran en este debate.

Finalmente ordenó, en el término de fijación en lista, correr traslado del expediente al Procurador General de la Nación para que rindiera el concepto de rigor.

1.1. NORMAS DEMANDADAS El texto de los apartes demandados es el siguiente (se subraya lo acusado): LEY 1221 DE 2008 (julio 16) Diario Oficial No. 47.052 de 16 de julio de 2008 CONGRESO DE LA REPÚBLICA Por la cual se establecen normas para promover y regular el Teletrabajo y se dictan otras disposiciones.

EL CONGRESO DE COLOMBIA DECRETA: ARTÍCULO 3o. Política Pública de Fomento al Teletrabajo: Para el cumplimiento del objeto de la presente ley el Gobierno Nacional, a través del Ministerio de la Protección Social, formulará, previo estudio Conpes, una Política Pública de Fomento al teletr abajo. Para el efecto, el Ministerio de la Protección Social contará con el acompañamiento del Ministerio de Comunicaciones, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y el Departamento Naciona l de Planeación, el Departamento Administrativo de la Función Publica, el SENA, y la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales–DIAN. Esta Política tendrá en cuenta los siguientes componentes:

Infraestructura de telecomunicaciones. Acceso a equipos de computación. Aplicaciones y contenidos. Divulgación y mercadeo. Capacitación. Incentivos.

Evaluación permanente y formulación de correctivos cuando su desarroll o lo requiera. PARÁGRAFO 1o. Teletrabajo para población vulnerable: El Ministerio de la Protección Social, dentro de los seis (6) meses siguientes a la promulgación de esta ley, formulará una pol ítica pública de incorporación al teletrabajo de la población vulnerable (Personas en situación de discapacidad, población en situación de desplazamiento forzado, población en situación de aislamiento geográfico, mujeres cabeza de hogar, población en reclu sión, personas con amenaza de su vida).

“ARTÍCULO 6. Garantías laborales, sindicales y de seguridad social para los teletrabajadores. (…) ARTÍCULO 6o. GARANTÍAS LABORALES, SINDICALES Y DE SEGURIDAD SOCIAL PARA LOS TELETRABAJADORES.

1. A los teletrabajadores, dada la naturaleza especial de sus labores no les serán aplicables las disposiciones sobre jornada de trabajo, horas extraordinarias y trabajo nocturno. No obstante la anterior, el Ministerio de la Protección Social deberá adelantar una vigilancia especial para garantizar que los teletrabajadores no sean sometidos a excesivas cargas de trabajo.

2. El salario del teletrabajador no podrá ser inferior al que se pague por la misma labor, en la misma localidad y por igual rendimiento, al trabajador que preste sus servicios en el local del empleador.

3. En los casos en los que el empleador utilice solamente teletrabajadores, para fijar el importe del salario deberá tomarse en consideración la naturaleza del trabajo y la remuneración que se paga para labores similares en la localidad.

4. Una persona que tenga la condición de asalariado no se considerará teletrabajador por el mero hecho de realizar ocasionalmente su trabajo como asalariado en su domicilio o en lugar distinto de los locales de trabajo del empleador, en vez de realizarlo en su lugar de trabajo habitual.

5. La asignación de tareas para los teletrabajadores deberá hacerse de manera que se garantice su derecho a contar con un descanso de carácter creativo, recreativo y cultural.

6. Lo dispuesto en este artículo será aplicado de manera que se promueva la igualdad de trato entre los teletrabajadores y los demás trabajadores, teniendo en cuenta las características particulares del teletrabajo y, cuando proceda, las condiciones aplicables a un tipo de trabajo idéntico o similar efectuado en una empresa.

La igualdad de trato deberá fomentarse, en particular, respecto de: a) El derecho de los teletrabajadores a constituir o a afiliarse a las organizaciones que escojan y a participar en sus actividades;

b) A protección de la discriminación en el empleo; c) La protección en materia de seguridad social (Sistema General de Pensiones, Sistema General de Seguridad Social en Salud y riesgos profesionales), de conformidad con lo previsto en la Ley 100 de 1993 y las normas que la modifiquen o adicionen o en las disposiciones que regulen los regímenes especiales;

d) La remuneración; e) La protección por regímenes legales de seguridad social; f) El acceso a la formación; g) La edad mínima de admisión al empleo o al trabajo;

h) La protección de la maternidad. Las teletrabajadoras tendrán derecho a retornar al mismo puesto de trabajo o a un puesto equivalente con la misma remuneración, al término de la licencia de maternidad.

i) Respeto al derecho a la intimidad y privacidad del teletrabajador.” 1.2. DEMANDA 1.2.1. Cargos presentados contra el artículo 3 de la Ley 1221 de 2008 1.2.1.1 Estiman los accionantes que el legislador, al regular el artículo 3 de la ley demandada, incurrió en una omisión legislativa relativa por cuanto en la construcción de la llamada “ Política Pública de Fomento al Teletrabajo ”, no estableció la participación de las organizaciones sindicales.

Lo anterior, en su concepto, desconoce los artículos 1, 20, 40 y 93 de la Constitución Política que consagran el principio de la participación de toma de decisiones por parte de quienes son afectados por una política pública. Adicionalmente, consideran que la falta de inclusión de las organizaciones sindicales en la creación de dicha política pública, transgrede el pilar fundamental de la democracia participativa establecida en la Constitución.

1.2.1.2 Agregan los accionantes que según la sentencia C-337 de 2011, el legislador puede incurrir en omisión legislativa relativa "(iii) cuando al regular una institución omite una condición o un elemento esencial exigido por la Constitución" . Así, encuentran que el " artículo 3 de la Ley 1221 de 2008 dispone que se creará una política pública de fomento al teletrabajo y señala las entidades que estarán encargadas de su formulación. No sólo resulta ilegitimo, sino abiertamente inconstitucional, que al fomentar una política fundamentalmente de empleo se niegue el derecho a la participación democrática de los trabajadores (artículo 40 de la CP). Al no incluir a los trabajadores dentro del grupo de quienes participarán en el diseño de esta política, el legislador incurrió en una omisión legislativa relativa ." 1.2.1.3 Aducen que en las sentencias C-146 de 1998 y T-595 de 2002 han señalado en forma expresa que en los " procesos de decisión, elaboración, implementación y evaluación de la política pública permitan la participación democrática. En tal sentido, la jurisprudencia ha considerado inaceptable constitucionalmente que exista un plan (i) que no abra espacios de participación para las diferentes etapas del plan, o (ii) que sí brinde espacios, pero éstos sean inocuos y sólo prevean una participación intrascendente".

De lo anterior, deducen entonces que resulta esencial de una política pública, la participación democrática. En el presente caso, el artículo 3 de la Ley 1221 " se encuentra dentro de uno de los supuestos identificados por la Corte Constitucional como inaceptables, por incumplir el deber de abrrl espacios de participación, específicamente en la etapa de elaboración de la política de fomento al teletrabajo" 1.2.1.4 Agregan, además, que esta omisión transgrede los tratados internacionales, especialmente lo consagrado en los Convenios 87 (artículo 10), Convenio 144 (artículo 1 y 2.1), y Convenio 154 de la OIT (artículo 2), todos ratificados por Colombia, que señalan el estatus representativo de las organizaciones sindicales así como la obligación de promoción y aplicación del dialogo social, resaltando la obligación que tienen los Estados de garantizar la participación de los trabajadores en asuntos laborales.

Sobre el particular sostienen que todos los convenios de la OIT que han sido debidamente ratificados por Colombia hacen parte de la legislación interna (artículo 53 de la CP), y que además hay algunos tratados que forman parte del bloque de constitucionalidad (artículo 93 CP). Específicamente, al Convenio 87 de la OIT se le ha otorgado tal carácter y por tanto, puede ser invocado como parámetro de constitucionalidad en el presente proceso.

En este orden de ideas, la obligación de garantizar la participación de los trabajadores en asuntos laborales, señalan los accionantes, se encuentra reconocido en las disposiciones nacionales e internacionales.

1.2.1.5 Argumentan que la exclusión de la participación de los trabajadores en la política de fomento del teletrabajo genera una situación desfavorable en su contra. Por el contrario, las organizaciones sindicales aglutinan y representan gran variedad de intereses, incluso de aquellos llamados trabajadores cesantes, " quienes están particularmente interesados en políticas de fomento y creación de empleos, como lo es la política de fomento al teletrabajo. Además, la afectación es particularmente evidente en este caso, al advertir que todos los organismos que participarán en la creación de dicha política pública son entidades del Estado, negando la discusión y eventual concertación que caracteriza las de medidas de tipo laboral" Esta omisión, desde su punto de vista, es el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el Constituyente al legislador de asegurar la participación democrática de quienes serán afectados por las decisiones del Estado (artículo 1, 2 y 40.2 de la Constitución). Además, en materia laboral, la participación de los trabajadores es obligatoria según los tratados internacionales suscritos por Colombia.

Este incumplimiento debe ser suplido a través de la participación de los sindicatos, que tal y como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional, y los mismos tratados internacionales antes señalados, representan a la comunidad de los trabajadores.

1.2.2 Cargos dirigidos contra el numeral 1 del artículo 6 1.2.2.1 Los accionantes consideran que en virtud del numeral 1 del artículo 6, los teletrabajadores no tendrían derechos sobre jornadas laborales, pago de horas extras y recargos por trabajo nocturno. En este orden de ideas, se establecería un trato discriminatorio que carece de un fundamento objetivo y razonable. De igual manera, esta discriminación afectaría las garantías laborales dispuestas en el artículo 53 Superior.

En efecto, la normativa contiene un trato diferenciado que vulnera otras garantías contenidas en la Carta y el bloque de constitucionalidad, como el derecho al descanso necesario, la remuneración de horas extras, nocturnas, dominicales y festivos, la especial protección a la mujer, y la especial protección que merecen los teletrabajadores establecida en el artículo 25 y 53 de la Constitución, en el artículo 7.d) del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales y en el artículo 7.g) y h) del Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Alegan que la única diferencia entre los teletrabajadores y los demás trabajadores en cuanto a la prestación del servicio es que los primeros pueden desempeñarlo en lugares diferentes a las oficinas o lugares que disponga el empleador para tal efecto y que solamente por este hecho se les excluye de los derechos sobre jornadas de trabajo, pago de horas extras y recargos.

1.2.2.2 Sostienen los accionantes que esta disposición normativa es discriminatoria y que además se vulneran las garantías laborales referentes al descanso necesario y la remuneración justa, por lo que existe una violación al derecho a la igualdad (artículo 13, 25, 53 y 93).

Los medios del teletrabajo son tecnologías de la información y la comunicación, las cuales no representan una novedad en las relaciones laborales, por esto han existido muchos tipos de trabajadores que hacen uso de estas herramientas y no por eso se les irrespeta las normas sobre jornada laboral. En este sentido, este elemento no debe ser considerado puesto que no afecta los elementos esenciales del contrato de trabajo y por tanto, no representa una diferencia objetiva que justifique este trato discriminatorio.

Además a pesar de que los teletrabajadores pueden prestar sus servicios personales en lugares diferentes a las instalaciones del empleador, esto no significa que no se les pueda verificar una jornada laboral y por ende, la medida al respecto resulta discriminatoria. En este mismo orden de ideas, es importante para los demandantes mencionar que el Estado Colombiano se encuentra obligado internacionalmente a implementar sistemas de medición objetiva, según lo establecido en el Convenio 100 OIT, por lo que resulta improcedente alegar dicha causal como una razón de constitucionalidad de la norma demandada.

1.3 INTERVENCIONES 1.3.1 Departamento Administrativo de la Función Pública Dentro del término concedido el representante de la entidad solicitó declarar la EXEQUIBILIDAD de las normas demandadas por los siguientes argumentos:

1.3.1.1 En relación con el numeral 1 del artículo 6 de la ley 1221 de 2008 señala que el demandante realizó una interpretación fraccionada del artículo pues dejó de lado el parágrafo del mismo artículo el cual contempla que “ cuando el teletrabajo sea ejecutado donde sea verificable la jornada laboral, y el teletrabajador a petición del empleador se mantiene en la jornada laboral mas de lo previsto en el artículo 161 del Código Sustantivo del Trabajo y de la Seguridad Social, o le asigna más trabajo del normal, el pago de horas extras, dominicales y festivos se le dará el mismo tratamiento de cualquier otro empleado.” Así, el parágrafo mencionado reproduce la aplicación del principio constitucional de igualdad en el sentido que prevé un trato igualitario entre trabajadores ordinarios y teletrabajadores,

garantizando que su labor sea remunerada de igual forma en que una persona presta sus servicios de manera presencial en la entidad en especial en el reconocimiento de trabajo suplementario, horas extras o trabajo dominical o festivo.

Lo anterior se reafirma en el artículo 10 del Decreto Reglamentario 884 de 2012 “ Por medio del cual se reglamenta la ley 1221 de 2008 y se dictan otras disposiciones” en el cual se establece en resumen, que si el tiempo laborado es verificable y el teletrabajador, a petición del empleador, excede la jornada prevista en el artículo 161 del Código Sustantivo del Trabajo o en el Decreto Ley 1042 de 1978, procede el pago de horas extras, dominicales y festivos, garantizando de esta manera las garantías laborales consagradas en la Constitución.

Finalmente, hace alusión a la sentencia C-337 de 2011 sobre la exequibilidad de algunos apartes del artículo 6 demandado y concluyó que la misma ley del teletrabajo reconoce las horas extras en los mismos términos que los empleados tradicionales.

1.3.1.2 En relación con el artículo 3 de la ley demandada, la entidad señaló la conveniencia del precedente jurisprudencial C-614 de 2009 de lo cual se extrae que la fijación, divulgación, instrumentalización de la política pública de empleo recae únicamente sobre los órganos señalados en el ordenamiento jurídico, hecho por el cual el Ministerio de Trabajo es el encargado de la formulación sin perjuicio de que lo acompañen otras entidades.

Así, según el artículo 208 de la Carta preceptúa que corresponde a los Ministros y Directores de Departamentos Administrativos bajo la dirección del Presidente de la República, formular las políticas atinentes a su despacho, así como dirigir la actividad administrativa y ejecutar la ley.

1.3.2 Intervención del Colegio de Abogados del Trabajo El Colegio de Abogados del Trabajo solicitó la EXEQUIBILIDAD de las normas demandadas.

Aduce que a pesar de la existencia de las garantías de asociación sindical previstas en la Constitución, de ninguna forma se ha preceptuado que las organizaciones y asociaciones sindicales deban ser interlocutores obligatorios en representación de los trabajadores.

Tampoco la regulación legal sobre las funciones de los sindicatos otorga el derecho de representación obligatoria de todos los trabajadores, ni la participación obligatoria de las asociaciones sindicales en la formulación de políticas públicas del Estado En cuanto a la constitucionalidad del artículo 6°, numeral 1°, se parte del supuesto de que la subordinación propia de las relaciones laborales no opera en el teletrabajo de la misma manera en la que se ve en las modalidades de trabajo ordinarias;

con lo cual el tratamiento desigual en materia de jornada de trabajo, horas extraordinarias y trabajo nocturno se encuentra justificado. En síntesis, tal diferenciación no supone una vulneración del derecho a la igualdad.

1.3.3 Intervención de la Asociación Nacional de Cajas de Compensación Familiar La Asociación Nacional de Cajas de Compensación Familiar solicita la EXEQUIBILIDAD de las normas demandadas, conforme a las siguientes consideraciones:

1.3.3.1 En relación con la omisión legislativa relativa del artículo 3 de la ley 1221 de 2008 señala que el demandante parte de una interpretación equivocada de la norma, ya que la expresión acompañamiento equivale a formulación.

Ahora bien, las entidades públicas que tienen la función de acompañamiento que no es otra cosa que ejecución en lo que sus competencias les permite, no podrían ser adicionadas con sindicatos que no tienen la naturaleza estatal y no tienen que ser involucradas en el proceso de aplicación de la ley. No es lo mismo ser ejecutor que destinatario de la norma legal.

Señala además que el demandante confunde competencia para formular y para acompañar, esto es competencia para crear y aplicar políticas públicas, con las que pueden ejercer el derecho de participación por tener algún nivel, mayor o menor, de afectación con estas normas.

En relación con la concertación de políticas laborales y salariales se concluye que en Colombia no se puede adoptar ninguna política pública laboral o salarial, si previamente no se ha convocado a la Comisión de Concertación para que en ella se presente, debata y se acuerde el contenido de la decisión de tal manera que ella sea el resultado del consenso o por lo menos para que haya sido previamente discutida con miras a lograr su concertación.

Por lo tanto, ni el Congreso de la República ni el Gobierno Nacional pueden adoptar políticas públicas, si ellas no son el resultado del consenso tripartito o si por lo menos no fue surtido, como requisito de procedibilidad, el mecanismo de concertación previa.

1.3.3.2 Por último, en relación con la aplicación de las disposiciones referentes a jornadas de trabajo, pago de horas extras y recargos nocturnos a teletrabajadores contenida en el artículo 6 parcial de la ley demandada se considera que existe un error al entender que el teletrabajo puede ser comprendido de manera idéntica al trabajo presencial y que cualquier otro criterio para establecer la remuneración laboral conlleva a un abuso y desconocimiento de las garantías de los trabajadores. No obstante las normas laborales deben interpretarse bajo el principio pro homine y pro operario de los derechos de los trabajadores y así se realiza al señalar la disposición según la cual, una vez el teletrabajo sea objeto de controles y se pueda verificar el tiempo laborado se aplicarán las reglas del artículo 161 del Código Sustantivo del Trabajo o el Decreto 1042 de 1978.

1.3.4 Universidad Externado de Colombia La Universidad Externado de Colombia, Departamento de Derecho Laboral solicita a la Corte acoger los argumentos de los demandantes y por tanto, declarar la EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA de las normas acusadas.

1.3.4.1 En relación con el artículo 3 de la ley 1221 de 2008 debe producirse una sentencia condicionada en el sentido en el que la norma incluya a los sindicatos dentro de los organismos o entidades citados para el fomento de esta política pública, pues de lo contrario se estarían violando las disposiciones contenidas en los convenios 87 y 144 de la OIT. Al respecto se hace alusión a la sentencia T-439 de 1992 que señala el principio de la democracia participativa como principio fundamental de la Constitución Política.

1.3.4.2 Respecto del segundo cargo, se argumenta que existe una discriminación para los teletrabajadores y que si el Estado tiene como objetivo la generación del empleo, no se justifica la vulneración de los derechos de esta categoría de trabajadores. No encuentran una razón objetiva a la luz de los test de igualdad y de razonabilidad para que se permita la diferencia en el manejo de la jornada de los teletrabajadores y menos por conductas que dependen del empleador. No obstante, señala que el artículo 10 del Decreto 884 de 2012, desarrolló el parágrafo del artículo 6 de la Ley acusada y estableció la verificación del pago del trabajo suplementario.

1.3.5. Universidad del Sinú La Facultad de Ciencias Jurídicas, Sociales y Educación de la Universidad del Sinú, luego de hacer un análisis sobre el concepto y las características del teletrabajo, emitió su intervención con el fin de que se declare la EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA en razón que se presenta una omisión legislativa relativa al no haber incluido a las organizaciones judiciales dentro del grupo de entidades que diseñaron la política de fomento al teletrabajo.

Aduce que el teletrabajo se constituye en una nueva modalidad laboral que utiliza las innovaciones tecnológicas en el campo de la informática y de las telecomunicaciones, de ahí que se contempla la posibilidad de salir del contexto de los sitios físicos de las empresas. Resalta la posición de la Corte en la Sentencia C-337 de 2011 en donde se dijo que a pesar de que se presenta esta modalidad, ello no es óbice para que no se garantice las condiciones y derechos laborales consagrados en la Carta Política.

En relación con la participación de los sindicatos en la elaboración de la política pública del teletrabajo consideran que los trabajadores al ser destinatarios de la norma, deben ser escuchados “así la correlación de fuerza al interior de los responsables de las políticas públicas sobre el teletrabajo impongan sus decisiones”.

1.4 CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN El Procurador General de la Nación, Alejandro Ordóñez Maldonado, dentro del término legalmente previsto, emitió el concepto de su competencia, solicitando a la Corte declarar la EXEQUIBILIDAD de las disposiciones acusadas.

1.4.1 En primera medida, la vista fiscal se refiere a la posible existencia de una omisión legislativa relativa para lo que se refiere a los parámetros fijados por la Honorable Corte Constitucional en Sentencia C-881 de 2011.

Considera que no hay omisión legislativa alguna por parte del legislador, ya que la política pública aludida hace referencia a una política genérica destinada a toda la actividad económica y social del país que responde a la intervención del Estado en la economía para dar pleno empleo a los recursos humanos en cumplimiento del artículo 334 de la Carta y que no excluye a los trabajadores.

En este sentido, el legislador goza de amplia potestad de configuración institucional para definir las políticas de desarrollo a través del fomento económico y social.

En este sentido, no pueden confundirse las políticas de fomento de empleo en los diferentes sectores de la economía con las relaciones laborales ya que a partir de esta diferenciación es que el legislador puede crear espacios de participación democrática para el diseño y formulación de tales políticas como efectivamente se hizo en la ley 1221 de 2008.

De ninguna manera, se está impidiendo el derecho de los trabajadores a formular planteamientos y requerimientos a las autoridades publicas en relación con el fomento, implementación, revisión y ajuste de la política publica del teletrabajo y es obligación del Estado atender estos y actuar en consecuencia bajo criterios de razonabilidad y pertinencia de los mismos.

No se percibe que en el diseño de la política pública objeto de análisis cuya competencia radica en el Gobierno Nacional, el legislador haya omitido cumplir sus deberes porque en ninguna parte de la Constitución ni en su extensión interpretativa por vía del bloque de constitucionalidad se observa que se prescriba la obligación específica de incluir la participación concreta de los trabajadores y de los sindicatos en la formulación de una política pública de fomento al teletrabajo como la que es objeto de demanda.

1.4.2 Ahora bien, en relación con el segundo cargo de los demandantes respecto del artículo 6 de la ley 1221 de 2008 es necesario señalar la exposición de motivos del proyecto de la ley pertinente que establece la característica de autocontrol del tiempo laboral por parte del teletrabajador.

En este contexto, el teletrabajo se guía mas por el concepto de carga de trabajo que por el cumplimiento de jornadas de trabajo, donde las mismas deben ser proporcionales a las de un trabajador asalariado tal como se señala en el parágrafo del artículo 6 de la norma demandada. En este sentido, su salario tampoco debe ser inferior al que se pague al trabajador que cumpla con las mismas labores con igual rendimiento en el lugar del empleador para lo cual se debe promover la igualdad de trato a ambos tipos de empleados donde las labores de los teletrabajadores sean garantizadas con su derecho a contar con un descanso de carácter creativo, recreativo y cultural, así, si se le asigna más trabajo de lo normal, se les debe pegar horas extras, dominicales y festivos en las mismas condiciones que un trabajador.

En conclusión, conforme al parágrafo del artículo 6 de la norma demandada, no existe violación a los derechos laborales de los teletrabajadores aludidas y deducidas por los demandantes.

2. CONSIDERACIONES 2.1. COMPETENCIA Conforme al artículo 241 ordinal 4º de la Constitución, la Corte es competente para conocer de la constitucionalidad de los artículos 3 y el numeral 1 del artículo 6 de la ley 1221 de 2008,

“ Por la cual se establecen normas para promover y regular el Teletrabajo y se dictan otras disposiciones ”, ya que se trata de una demanda de inconstitucionalidad en contra de textos normativos que hacen parte de una ley.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO Los ciudadanos consideran que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 3 de la Ley 1221 de 2008, la formulación de una política pública de fomento al teletrabajo por parte del Gobierno Nacional, con el acompañamiento de los Ministerios de Comunicaciones e Industria y Turismo, los Departamentos Nacional de Planeación y Administrativo de la Función Pública, el SENA y la DIAN, incurre en una omisión legislativa relativa que vulnera los postulados constitucionales sobre la participación política y democrática en procesos de toma de decisiones por parte de quienes son afectados directamente como lo son los trabajadores, representados en las organizaciones sindicales.

De igual manera aducen que el numeral 1 del artículo 6 de la Ley 1221, al restringir la aplicación de las disposiciones sobre la jornada de trabajo, horas extraordinarias y trabajo nocturno vulnera su derecho a la igualdad, sin que exista ninguna razón constitucionalmente admisible.

La mayoría de los intervinientes solicitan la declaratoria de exequibilidad al considerar que no asiste razón a los demandantes en cuanto no existe obligación constitucional que establezca el derecho de representación obligatoria de los trabajadores en la elaboración de una política pública. Por el contrario, las Universidades Externado y del Sinú comparten los argumentos expuestos por los demandantes.

En lo relativo a los cargos presentados contra el numeral 1 del artículo 6 de la Ley 1221 de 2008, los intervinientes señalan que la norma debe leerse en su integridad y por tanto, a diferencia de lo sostenido por los actores, sí existe el deber del pago de horas extras, dominicales y demás, a favor de los teletrabajadores.

El Ministerio Público defiende la constitucionalidad de la disposición por cuanto considera que no hay omisión legislativa alguna por parte del legislador, ya que la política pública aludida hace referencia a una política genérica destinada a toda la actividad económica y social del país que responde a la intervención del Estado en la economía para dar pleno empleo a los recursos humanos en cumplimiento del artículo 334 de la Carta y que no excluye a los trabajadores.

De otra parte, también defiende el numeral 1 del artículo 6 al sostener que el teletrabajo, por ser una modalidad laboral acorde con las nuevas tecnologías de la información, responde a una lógica distinta, y por tanto, no es posible trasladar toda la normatividad laboral de los trabajadores ordinarios.

Establecido entonces el problema jurídico, se realizará previamente un estudio sobre la aptitud de los cargos. 2.3. CUESTIÓN PREVIA: ANÁLISIS DE LA INEPTITUD DE LA DEMANDA El artículo 2° del Decreto 2067 de 1991 señala los elementos indispensables que debe contener la demanda en los procesos de inconstitucionalidad [1] .

Concretamente, el ciudadano que ejerce la acción pública de inconstitucionalidad contra una norma determinada debe referir con precisión el objeto demandado, el concepto de la violación y la razón por la cual la Corte es competente para conocer del asunto.

2.3.1. Es decir, para que realmente exista en la demanda una imputación o un cargo de inconstitucionalidad, es indispensable que estos permitan efectuar a la Corte Constitucional una verdadera confrontación entre la norma acusada, los argumentos expuestos por el demandante y la disposición constitucional supuestamente vulnerada.

En este orden de ideas, la Corte Constitucional ha reiterado, en numerosas ocasiones, que no cualquier tipo de argumentación sirve de sustento al análisis que debe realizar el juez de constitucionalidad. En efecto, es necesario que los razonamientos alegados contengan unos parámetros mínimos que permitan a la Corporación hacer un pronunciamiento de fondo respecto del asunto planteado.

En este contexto, en Sentencia C-1052 de 2001 [2] , esta Corporación señaló que las razones presentadas por los accionantes deben ser claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes, pues de no ser así, la decisión que adopte la Corte necesariamente debe ser inhibitoria [3] .

En otras palabras, la falta de formulación de una demanda en debida forma, impide que esta Corporación pueda confrontar la disposición acusada con el Texto Superior, ya que carece de cualquier facultad oficiosa de revisión del ordenamiento jurídico. En la referida providencia se explicó lo que debe entenderse por cada uno de estos requisitos en los siguientes términos:

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

(….) Las razones que respaldan los cargos de inconstitucionalidad sean ciertas significa que la demanda recaiga sobre una proposición jurídica real y existente “y no simplemente [sobre una] deducida por el actor, o implícita” e incluso sobre otras normas vigentes que, en todo caso, no son el objeto concreto de la demanda.

Así, el ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad supone la confrontación del texto constitucional con una norma legal que tiene un contenido verificable a partir de la interpretación de su propio texto; “esa técnica de control difiere, entonces, de aquella [otra] encaminada a establecer proposiciones inexistentes, que no han sido suministradas por el legislador, para pretender deducir la inconstitucionalidad de las mismas cuando del texto normativo no se desprenden”.

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

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

La suficiencia que se predica de las razones de la demanda de inconstitucionalidad guarda relación, en primer lugar, con la exposición de todos los elementos de juicio (argumentativos y probatorios) necesarios para iniciar el estudio de constitucionalidad respecto del precepto objeto de reproche. Por otra parte, la suficiencia del razonamiento apela directamente al alcance persuasivo de la demanda, esto es, a la presentación de argumentos que, aunque no logren prime facie convencer al magistrado de que la norma es contraria a la Constitución, si despiertan una duda mínima sobre la

constitucionalidad de la norma impugnada, de tal manera que inicia realmente un proceso dirigido a desvirtuar la presunción de constitucionalidad que ampara a toda norma legal y hace necesario un pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional.” (Subrayado fuera del texto) 2.3.2.

Esto implica entonces que la acusación debe ser suficientemente comprensible (clara) y recaer verdaderamente sobre el contenido de la disposición acusada (cierta).

Además, el actor debe mostrar cómo la disposición vulnera la Carta (especificidad), con argumentos que sean de naturaleza constitucional, y no legales ni puramente doctrinarios ni referidos a situaciones puramente individuales (pertinencia). Finalmente, la acusación debe no sólo estar formulada en forma completa sino que debe ser capaz de suscitar una mínima duda sobre la constitucionalidad de la norma impugnada .

2.3.3 En cuanto al cargo referido al numeral 1 del artículo 6 de la ley 1221 de 2008, esta Corporación considera que carece de certeza, puesto que aunque es clara la pretensión del accionante, éste realiza una lectura de la norma en forma aislada, que le hace llegar a conclusiones que no se derivan de la disposición, por las siguientes razones:

En primer lugar, el actor considera que el numeral 1 del artículo 6 de la Ley 1221 de 2008 restringe, para los teletrabajadores, el pago de horas extras, trabajo nocturno y dominicales, lo que conlleva a un trato diferenciado, discriminatorio frente a los trabajadores ordinarios.

No obstante, al hacer una lectura integral del artículo 6, el parágrafo parecería suponer lo contrario a lo expuesto por el demandante. En efecto la norma dispone:

ARTÍCULO 6o. GARANTÍAS LABORALES, SINDICALES Y DE SEGURIDAD SOCIAL PARA LOS TELETRABAJADORES. 1. A los teletrabajadores, dada la naturaleza especial de sus labores no les serán aplicables las disposiciones sobre jornada de trabajo, horas extraordinarias y trabajo nocturno. No obstante la anterior, el Ministerio de la Protección Social deberá adelantar una vigilancia especial para garantizar que los teletrabajadores no sean sometidos a excesivas cargas de trabajo.

(…) PARÁGRAFO. Cuando el teletrabajo sea ejecutado donde sea verificable la jornada laboral, y el teletrabajador a petición del empleador se mantiene en la jornada laboral mas de lo previsto en el artículo 161 del Código Sustantivo del Trabajo y de la Seguridad Social, o le asigna más trabajo del normal, el pago de horas extras, dominicales y festivos se le dará el mismo tratamiento de cualquier otro empleado.

Pese a la existencia de este parágrafo, los demandantes no explican las razones por las cuales consideran que a los teletrabajadores no le es atribuible el derecho del pago de horas extras, de dominicales, festivos y la sujeción a un horario laboral.

En efecto, el parágrafo transcrito ordena el respeto de estas garantías laborales, y tan es así, que el Decreto 884 de 2012, que reglamenta la Ley 1221 de 2008, hoy acusada dispone que “ Cuando el teletrabajo sea ejecutado donde sea verificable el tiempo laborado y el teletrabajador a petición del empleador se mantiene más de lo previsto en el artículo 161 del Código Sustantivo del Trabajo y de la Seguridad Social o en el Decreto-Ley 1042 de 1978, para los servidores públicos, el pago de horas extras, dominicales y festivos se le dará el mismo tratamiento de cualquier otro empleado.” (Art. 10)”.

Es decir, a los demandantes les correspondía una carga argumentativa adicional que explicara con suficiencia que sus afirmaciones correspondían a una proposición jurídica real y existente “y no simplemente [sobre una] deducida por el actor, o implícita”. De igual manera, ha debido no sólo demandar la constitucionalidad del numeral 1 del artículo 6 sino también de su parágrafo.

Por lo tanto, teniendo en cuenta que los cargos presentados contra el numeral 1 del artículo 6 carecen del requisito de certeza, el estudio en esta oportunidad, se circunscribirá a los cargos presentados contra el artículo 3 de la ley 1221 de 2008.

2.4 La omisión legislativa. Reiteración de jurisprudencia 2.4.1 Esta Corporación en numerosas providencias ha aceptado que el Legislador puede vulnerar garantías constitucionales por vía de omisión legislativa en razón a la falta de regulación normativa en torno a materias constitucionales sobre las cuales el Congreso tiene asignada una específica y concreta obligación de hacer. Por ello, el silencio del legislador puede ser objeto de control jurisdiccional por la vía de la acción pública de inconstitucionalidad [4] .

La misma jurisprudencia ha precisado empero que no toda omisión puede ser sometida a control constitucional. En procura de respetar la autonomía e independencia del Congreso, la Corte ha señalado que el juicio de constitucionalidad en estas circunstancias sólo puede darse, sí y sólo sí, la omisión que se ataca es por esencia relativa o parcial y en ningún caso absoluta [5] .

2.4.2 En efecto, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la Corte carece de competencia para pronunciarse acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una omisión legislativa absoluta, aunque puede hacerlo respecto de la omisión relativa.

Esta última tiene lugar cuando el legislador " al regular o construir una institución omite una condición o un ingrediente que, de acuerdo con la Constitución, sería exigencia esencial para armonizar con ella. v.gr.: si al regular un procedimiento, se pretermite el derecho de defensa." [6] y puede ocurrir de varias maneras: (i) cuando expide una ley que si bien desarrolla un deber impuesto por la Constitución, favorece a ciertos sectores y perjudica a otros; (ii) cuando adopta un precepto que corresponde a una obligación constitucional, pero excluye expresa o tácitamente a un grupo de ciudadanos de los beneficios que otorga a los demás; y (iii) cuando al regular una institución omite una condición o un elemento esencial exigido por la Constitución. Frente al particular ha sostenido la Corte:

"La acción pública de inconstitucionalidad si bien permite realizar un control más o menos extenso de la labor legislativa, no autoriza la fiscalización de lo que el legislador genéricamente ha omitido, conforme a las directrices constitucionales. (...) Lo que se pretende mediante la acción de inconstitucionalidad, es evaluar si el legislador al actuar, ha vulnerado o no los distintos cánones que conforman la Constitución. Por esta razón, hay que excluir de esta forma de control el que se dirige a evaluar las omisiones legislativas absolutas: si no hay actuación, no hay acto qué comparar con las normas superiores; si no hay actuación, no hay acto que pueda ser sujeto de control. La Corte carece de competencia para conocer de demandas de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta. (Sentencia C-543/96. M.P. : Dr. Carlos Gaviria Díaz)" "No obstante lo anterior, resulta necesario explicar que la inconstitucionalidad por omisión no puede ser declarada por el juez constitucional sino en relación con el contenido normativo de una disposición concreta, que por incompleta resulta ser discriminatoria. Es decir, son inconstitucionales por omisión aquellas normas legales que por no comprender todo el universo de las hipótesis de hecho idénticas a la regulada, resultan ser contrarias al principio de igualdad. Pero la omisión legislativa pura o total, no es objeto del debate en el proceso de inexequibilidad, puesto que este consiste, esencialmente, en un juicio de comparación entre dos normas de distinto rango para derivar su conformidad o discrepancia. Luego el vacío legislativo absoluto no puede ser enjuiciado en razón de la carencia de objeto en uno de los extremos de comparación." El legislador es llamado a desarrollar los preceptos constitucionales y al hacerlo debe respetar los principios y las normas impuestos por el constituyente. No puede, por consiguiente, legislar discriminatoriamente favoreciendo tan solo a un grupo dentro de las muchas personas colocadas en idéntica situación. Si lo hace, incurre en omisión discriminatoria que hace inconstitucional la norma así expedida.

(Sentencia C-146/98, M.P. : Dr. Vladimiro Naranjo Mesa y C-891A de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil). 2.4.3 La jurisprudencia constitucional resalta, igualmente, que la declaratoria de omisión legislativa relativa está precedida de requisitos definidos, que responden a la necesidad de preservar el principio democrático, el cual sustenta la libertad de configuración normativa de que es titular el legislador. En este sentido, el precedente en comento ha sistematizado los requisitos que deben concurrir para que se declare la inconstitucionalidad de un precepto en razón de la omisión legislativa relativa. Así, es necesario que, "(i) que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo; (ii) que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta; (iii) que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente; (iv) que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma; y (v) que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador" [7] 2.5 El teletrabajo como nueva modalidad de contratación laboral 2.5.1 La Ley 1221 de 2008 establece una nueva modalidad de contrato laboral denominada " el teletrabajo ", como un instrumento para la generación de empleo. El artículo 2 de la mencionada Ley define el teletrabajo como una forma de organización laboral " que consiste en el desempeño de actividades remuneradas o prestación de servicios a terceros utilizando como soporte las tecnologías de la información y la comunicación – TIC para el contacto entre el trabajador y la empresa, sin requerirse la presencia física del trabajador en un sitio específico de trabajo ." A su vez, precisa que el teletrabajador es la " Persona que desempeña actividades laborales a través de tecnologías de la información y la comunicación por fuera de la empresa a la que presta sus servicios ." Esta misma disposición regula el ejercicio del teletrabajo a través de tres modalidades: (i) los autónomos , que son aquellos que utilizan su propio domicilio o un lugar escogido para desarrollar su actividad profesional, puede ser una pequeña oficina, un local comercial. En este tipo se encuentran las personas que trabajan siempre fuera de la empresa y sólo acuden a la oficina en algunas ocasiones, (ii) los móviles , trabajadores que no tienen un lugar de trabajo establecido y cuya herramienta de trabajo son las tecnologías de la información y la comunicación en dispositivos móviles y (iii) los suplementarios , que laboran dos o tres días a la semana en su casa y el resto del tiempo en una oficina.

2.5.2 La Ley 1221 de 2008 busca crear herramientas para promocionar e impulsar este tipo de contratación, ordenando la implementación de una política pública del fomento al teletrabajo y creando la Red Nacional de Fomento al Teletrabajo. Por su parte, el artículo 3 parágrafo 3 dispone que esta política dará prelación a las personas en situación de discapacidad, población en situación de desplazamiento forzado, población en situación de aislamiento geográfico, mujeres cabeza de hogar, población en reclusión, personas con amenaza de su vida, etc.

[8] En la Sentencia C-337 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, la Corte Constitucional realizó un análisis sobre la naturaleza jurídica del llamado teletrabajo, las cuales se reiteran en esta oportunidad.

2.5.3 En la exposición de motivos de la Ley 1221 de 2008 se da cuenta de las razones que llevaron al Legislador a regular el llamado teletrabajo, como un mecanismo para hacer frente a los altos índices de desempleo, haciendo uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones. Al respecto se sostuvo que la implementación de esta modalidad laboral:

"En respuesta a los altos índices de desempleo que se registran en nuestro país, los autores del proyecto de ley sometido a estudio plantean a través del mismo una nueva modalidad para generar empleo.

Es poner al servicio de nuestra comunidad el gran avance que han tenido la tecnología de la información y las comunicaciones, generando a través de ellas nuevos empleos, incrementando la productividad y la competitividad de las

empresas, ofreciendo nuevas formas de empleo a personas con alguna discapacidad y padres o madres cabezas de familia.

Lo que llegará a permitir dar cumplimiento a lo estipulado en la Ley 82 de 1993 artículos 3°, 8° y 10, los cuales establecen que el Estado buscará los mecanismos necesarios para dar protección especial a la mujer cabeza de familia, a través de capacitación gratuita, desarrollo de microempresas industriales, comerciales, artesanales, de economía solidaria y empresas familiares donde la mujer cabeza de familia realice actividades económicas rentables.

En este mismo sentido encontramos la Ley 361 de 1997, que en su artículo 22 prevé que el Gobierno dentro de la política nacional de empleo adoptará las medidas pertinentes dirigidas a la creación y fomento de las fuentes de trabajo para las personas con limitación.

De ahí que, a través de este proyecto de ley sobre teletrabajo, se busque una nueva forma de organización y/o de realización del trabajo, utilizando las tecnologías en el marco de un contrato o de una relación de trabajo, que podría ser realizado igualmente en los locales de las empresas o fuera de estos de forma regular.

Para el caso que nos ocupa, el empresario es responsable de tomar las medidas que se imponen, especialmente en lo que se refiere a software, para garantizar la protección de los datos utilizados y procesados por el teletrabajador para fines profesionales.

Por su parte, el teletrabajador cuidará los equipamientos que le han confiado; no recogerá, ni difundirá material ilícito vía Internet. De igual forma, los teletrabajadores deberán recibir la formación adecuada para utilizar el equipo técnico a su disposición y sobre las características de esta forma de organización de trabajo, además, de la persona que ocupará el cargo de supervisor de los teletrabajadores y sus colegas directos pueden necesitar dicha formación para llevar a cabo esta forma de trabajo y su gestión.” [9] 2.5.4 El nacimiento del llamado teletrabajo se remonta a los años sesenta y setenta en los Estado Unidos, cuando con el devenir de los acontecimientos tecnológicos se incorporan en el derecho laboral nuevas figuras. La doctrina señala que en el año 1973, Jack Nilles presidente de una firma consultora norteamericana, utilizó el término “ telecommuting ”, para referirse a la sustitución de los desplazamientos al trabajo en razón de las telecomunicaciones. En 1976 se utiliza la expresión teletrabajo como llevar el “ trabajo al trabajador en vez del trabajador al trabajo” [10] y en esta década surge como una opción de generación de empleo con gran flexibilidad laboral. En los años ochenta se constituyen como un instrumento de inserción laboral de sujetos marginados de la fuerza de trabajo, como discapacitados y madres cabeza de familia y a partir de los años noventa nace como un mecanismo de descentralización empresarial, que no sólo ha permitido el desarrollo transfronterizo de algunas compañías, sino que ha sido la solución a algunas crisis empresariales.

[11] 2.5.5 El auge de las telecomunicaciones en los países desarrollados ha ocasionado el florecimiento del teletrabajo y cada día se recurre más a la posibilidad de emplear trabajadores localizados en ubicaciones remotas, lo que permite la reducción de costos operativos como el arrendamiento o compra de inmuebles, compra de mobiliarios, instalación de sistemas de vigilancia, consumo de los servicios públicos, entre muchos otros.

De la misma manera , han surgido diversas modalidades del teletrabajo, tales como el trabajo en el domicilio del empleado, el sistema distribuido (comunicación telemática entre los diferentes individuos), centro satélite (la empresa sitúa una determinada fase de su actividad en un lugar distinto de la oficina), teletrabajo móvil (el teletrabajador se le denomina nómada o “argonauta” y desarrolla su trabajo sin una colocación precisa), teletrabajo transnacional o “ offshore ” (el empleado se ubica fuera del país en que se encuentre la sociedad matriz), el telependularismo (se desarrolla una parte del trabajo dentro de la empresa y la otra parte fuera de sus oficinas), el teletrabajador on line (esta modalidad utiliza un videoterminal inserto en una red que permite el diálogo interactivo entre el computador central y los terminales externos), entre otras.

[12] Según el informe sobre el teletrabajo en Europa "Nuevos métodos de trabajo. 1999" de la Dirección General Sociedad de la Información de la Comisión Europea, "

esto es sólo la punta del iceberg, en relación con las expectativas de crecimiento de los próximos años", ya que el teletrabajo "conllevará el cambio más sustancial en las prácticas de trabajo en Europa en mucho tiempo", un cambio que "afectará a la mayoría de los europeos en algún momento de sus vidas laborales en los próximos cinco a diez años ".

2.5.6 La doctrina ha definido el teletrabajo como “la realización de trabajo a distancia (principalmente en tareas administrativas, aplicaciones de software y ciertas actividades comerciales) utilizando técnicas de la telecomunicación y/o de la informática. Además, es una forma de exteriorizar el trabajo del centro empresarial hacia los lugares en donde se desempeñarán los empleados. Las nuevas tecnologías son el medio o instrumento que hace posible la exteriorización de ciertas actividades que por su naturaleza debían prestarse en las instalaciones de la empresa” [13] Por su parte, D. Xavier Thinault lo define como “ una forma de organización y/o ejecución del trabajo realizado a distancia, en gran parte o principalmente, mediante el uso intensivo de las técnicas informáticas y/o de telecomunicación “.

Por su parte, el informe sobre el teletrabajo referido en precedencia sostiene que “ el concepto de teletrabajo se refiere más al trabajo con el ordenador a través de la red que al trabajo en casa. Es decir, nada impide el teletrabajo en una oficina. Sin embargo, una de las principales novedades que ha introducido la aparición del teletrabajo en la experiencia cotidiana de los trabajadores es la posibilidad de desarrollar la actividad laboral en su casa, o al menos fuera de lo que hasta ahora conocíamos como oficina. De hecho, la conexión virtual con otros trabajadores de la empresa y con los clientes convierte, en muchos casos, especialmente en empresas del sector servicios, a la oficina en un bien innecesario y prescindible .

2.5.7 El surgimiento de esta nueva modalidad laboral redefine la concepción clásica de subordinación, en palabras de Javier Thibaul “ el nuevo modo de organización de la actividad laboral que representa el teletrabajo no elimina la noción misma de subordinación, que toma, si acaso, otra forma, más sutil, más difusa: la subordinación deviene en telesubordinación.”.

En efecto, el poder de dirección u orientación en esta nueva forma de actividad empresarial, se realiza a distancia y el trabajador es controlado a través de mecanismos informáticos que miden los tiempos de trabajo, sus ausencias, descanso e incluso sus errores. En este sentido, “ el computador actuará como medio de control sobre la actividad del trabajador y a su vez, como su instrumento de trabajo ” [14] Sobre esta nueva dimensión del concepto de subordinación laboral en el marco de las nuevas tecnologías de la información, el Tribunal Supremo español en sentencia del 3 de febrero del 2003 sostuvo “ en el actual sistema productivo, caracterizado por una variedad de prestaciones de servicios, la nota de dependencia no se manifiesta necesariamente a través de los indicadores clásicos de tiempo, lugar o modo de realización del trabajo, como jornada y horario preestablecido, puesto de trabajo en fábrica u oficina, ordenación y control continuos etc, sino que se refleja también en otros posibles aspectos de la ejecución del trabajo, que están en función del tipo de servicios presentados en cada caso ” [15] 2.5.8 El incremento de esta modalidad ha mostrado a su vez, la necesidad de regularizar las condiciones en que se presta, protegiendo al trabajador de posibles abusos o del desconocimiento de sus derechos laborales. Así, en el estudio publicado por el Consejo Económico Social de la Unión Europea se avisa el peligro “ de que esta nueva forma de actividad laboral pueda utilizarse como fórmula encubierta de reducción de plantillas y de trabajo precario y mal pagado que propicia la explotación de las minorías menos favorecidas .” [16] Es por ello que en el ámbito internacional se han adoptado medidas encaminadas a garantizar la aplicación de la legislación laboral y a evitar por ejemplo, abusos en las jornadas laborales, sancionar la discriminación entre los teletrabajadores y los empleados convencionales, la defensa a la intimidad del teletrabajador, la garantía del descanso remunerado, entre otras.

Así, en julio de 1997, la Comisión Europea adoptó una serie de recomendaciones sobre el mercado de trabajo en la sociedad de la información. Dichas recomendaciones incluían el compromiso de fomentar el teletrabajo en Europa. En 1998 la Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Igualdad de Oportunidades y la Dirección General de la Sociedad de la Información lanzaron un proyecto piloto que años después dio como resultado la adopción del "Convenio sobre el Teletrabajo", con la participación de La Confederación Europea de Sindicatos (CES), la Unión de Confederaciones de la Industria y de Empresarios de Europa (UNICE) / la Unión Europea del Artesanado y de la Pequeña y Mediana Empresa (UNICE/UEAPME) y el Centro Europeo de la Empresa Pública (CEEP).

El Acuerdo establece un marco general que busca hacer compatibles tanto las necesidades de flexibilidad propias del teletrabajo como la protección de los derechos de los trabajadores, razón por la cual extiende expresamente las mismas garantías de los empleados convencionales. En el Acuerdo se define el teletrabajo como "una forma de organización y/o de realización del trabajo utilizando las tecnologías de la información, en el marco de un contrato o de una relación laboral, en la que un trabajo, que también habría podido realizarse en los locales del empresario, se ejecuta habitualmente fuera de esos locales." Entre las medidas adoptadas por el Convenio se encuentran la obligación de dar al trabajador los mismos derechos que a sus similares se ofrecen en la empresa física, corresponde al empresario adoptar las medidas necesarias para garantizar la protección de los datos utilizados y procesados por el teletrabajador para fines profesionales , debe respetar la vida privada del teletrabajador, así, si existe un medio de vigilancia, deberá ser proporcionado al objetivo e introducirse con arreglo al derecho a la intimidad, el empleador deberá facilitar, instalar y encargarse del mantenimiento de los equipos necesarios para el teletrabajo regular, salvo si el teletrabajador utiliza su propio equipo, el patrono es responsable de la seguridad social y la seguridad profesional, la carga de trabajo y los criterios de resultados del teletrabajador son equivalentes a los de los trabajadores similares que realizan su tarea en los locales del empresario, los teletrabajadores deben tener el mismo acceso a la formación y a las posibilidades de carrera profesional que trabajadores similares que realizan su tarea en los locales del empresario, y están sujetos a las mismas políticas de evaluación que los demás trabajadores, entre otras medidas.

En el ámbito latinoamericano, el Código de Trabajo Chileno –fue revisado en el 2001 y su artículo 22 fue modificado para dar cabida a la situación de los teletrabajadores (Ley 19.759 del 01/12/2001). A estos trabajadores se les reconoce los mismos derechos laborales que a los demás.

[17] 2.6 La protección constitucional del derecho a la participación 2.6.1 El derecho a la participación ha sido reconocido desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en cuyo artículo 21 se expresa que toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes directamente elegidos:

"Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país.

La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto".

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala en su artículo 25 que todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, del derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por representantes libremente elegidos, a votar y ser elegido en elecciones públicas, y a tener acceso a las funciones públicas [18] :

"Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de la distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades:

a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores;

c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país". La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de la Organización de Estados Americanos consagra en sus artículos 13 [19] , 20 [20] , 21 [21] y 22 [22] , los derechos a ser parte de las decisiones de quienes gobiernan, el derecho a reunirse y asociarse, y a presentar peticiones respetuosas.

La Carta Democrática de la Organización de Estados Americanos, en su artículo 6, reconoce la participación de la ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo en los siguientes términos:

"La participación de la ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo es un derecho y una responsabilidad. Es también una condición necesaria para el pleno y efectivo ejercicio de la democracia. Promover y fomentar diversas formas de participación fortalece la democracia" [23] .

El artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos consagra varios derechos políticos entre los cuales se encuentra el derecho de todo ciudadano a participar en los asuntos públicos [24] .

2.6.2 El derecho a la participación está consagrado en la Constitución Política como una manifestación del principio democrático del Estado Social de Derecho. Así mismo, se deriva de disposiciones como el artículo 2º de la Carta, conforme al cual, entre los fines esenciales del Estado, se encuentra facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación, y el artículo 40 Superior, que consagra el derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político [25] .

La importancia del derecho a la participación también ha sido resaltado por la Corte Constitucional en la sentencia C-180 de 1994 [26] , en la que afirmó que:

"El principio de participación democrática expresa no sólo un sistema de toma de decisiones, sino un modelo de comportamiento social y político, fundamentado en los principios del pluralismo, la tolerancia, la protección de los derechos y libertades así como en una gran responsabilidad de los ciudadanos en la definición del destino colectivo.

El concepto de democracia participativa lleva insita la aplicación de los principios democráticos que informan la práctica política a esferas diferentes de la electoral. Comporta una revaloración y un dimensionamiento vigoroso del concepto de ciudadano y un replanteamiento de su papel en la vida nacional.

No comprende simplemente la consagración de mecanismos para que los ciudadanos tomen decisiones en referendos o en consultas populares, o para que revoquen el mandato de quienes han sido elegidos, sino que implica adicionalmente que el ciudadano puede participar permanentemente en los procesos decisorios no electorales que incidirán significativamente en el rumbo de su vida. Se busca así fortalecer los canales de representación, democratizarlos y promover un pluralismo más equilibrado y menos desigual.

La participación ciudadana en escenarios distintos del electoral alimenta la preocupación y el interés de la ciudadanía por los problemas colectivos;

contribuye a la formación de unos ciudadanos capaces de interesarse de manera sostenida en los procesos gubernamentales y, adicionalmente, hace más viable la realización del ideal de que cada ciudadano tenga iguales oportunidades para lograr el desarrollo personal al cual aspira y tiene derecho.

En la democracia participativa el pueblo no sólo elige sus representantes, por medio del voto, sino que tiene la posibilidad de intervenir directamente en la toma de ciertas decisiones, así como la de dejar sin efecto o modificar las

que sus representantes en las corporaciones públicas hayan adoptado, ya sea por convocatoria o por su propia iniciativa, y la de revocarle el mandato a quienes ha elegido.

En síntesis: la participación concebida dentro del sistema democrático a que se ha hecho referencia, inspira el nuevo marco sobre el cual se estructura el sistema constitucional del Estado colombiano. Esta implica la ampliación cuantitativa de oportunidades reales de participación ciudadana, así como su recomposición cualitativa en forma que, además del aspecto político electoral, su espectro se proyecte a los planos de lo individual, familiar, económico y social".

De las disposiciones y otras fuentes normativas citadas, puede afirmarse que la participación es fundamental en la relación de las autoridades estatales y los ciudadanos, y en el intervenir de éstos en la gestión pública. Por ello, la participación "puede ser entendida como una acción incluyente, es decir, una acción que integra y articula a los partícipes de las dinámicas sociales" [27] .

2.6.3 En cuanto al ámbito de protección del derecho, la jurisprudencia constitucional ha señalado que éste no se circunscribe únicamente a la esfera electoral o estatal, sino que incluye otros espacios en los cuales se adoptan decisiones que afectan la forma de vida de los ciudadanos, tal como se ha manifestado en reiteradas oportunidades por la jurisprudencia de esta Corporación:

La Sentencia C-089 A de 1994 [28] destacó el carácter fundamental del derecho a la participación no sólamente en su dimensión política sino como el derecho de todo ciudadano a intervenir en la actividad pública:

"El derecho a la participación, ha sido reconocido por la Carta Política como un derecho fundamental. Lo anterior significa que toda persona, particularmente todo ciudadano, tiene la facultad constitucional de intervenir en la actividad pública, ya sea como sujeto activo de ella, es decir como parte de la estructura gubernamental y administrativa del Estado, ya sea como sujeto receptor de la misma, interviniendo, mediante el sufragio en la elección de los gobernantes, participando en las consultas populares, teniendo iniciativa legislativa, interponiendo acciones en defensa de la Constitución o la ley, actuando como miembro de partidos o movimientos políticos, o aún elevando peticiones a las autoridades y obteniendo la pronta respuesta de ellas".

En la misma sentencia se reconoció que el derecho a la participación se encuentra consagrado en el preámbulo y en los artículos 1, 2 y 40 de la Constitución Política:

"El derecho a la participación se encuentra enunciado en el Preámbulo del Estatuto Superior y en sus artículos 1° y 2°, en los cuales se definen los principios fundamentales y los fines esenciales del Estado colombiano. Con todo, es en el artículo 40 donde se consagra específicamente este derecho como parte integral de los denominados derechos fundamentales, norma en la cual se incluye, de modo particular, el acceso al desempeño de cargos públicos. En efecto, prevé la mencionada disposición:

" Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político . Para hacer efectivo este derecho puede:

"7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos (...)" En este sentido el derecho a la participación es una de las principales consecuencias de la democracia participativa y no solamente les permite a los ciudadanos la posibilidad de elegir y ser elegidos sino también de intervenir de manera directa en las decisiones que afectan a la comunidad:

"La Constitución Política de 1991 presenta, como una de sus principales características, la de garantizar la denominada democracia participativa, esto es, la ampliación de los espacios democráticos para darle a los asociados la oportunidad no solo de elegir a sus mandatarios, sino también la de participar más directa y frecuentemente en las actividades políticas y en la toma de decisiones que afecten a la comunidad. Cabe agregar que este concepto no se contrapone al de la democracia representativa; por el contrario, se complementan logrando así que el pueblo, titular originario de la

soberanía, pueda escoger -mediante el sufragio universal- a sus gobernantes y, a su vez, cuente con los mecanismos jurídicos propios que garanticen su vinculación con los asuntos que le afectan directamente y en cuya solución se encuentra comprometido ” [29] .

2.7 Naturaleza expansiva del derecho a la participación Cabe resaltar que de acuerdo con reiterada jurisprudencia de esta Corporación, el derecho fundamental a la participación no se circunscribe únicamente a la esfera electoral o estatal sino que incluye otros espacios en los cuales se adoptan decisiones que afectan la forma de vida de los ciudadanos. Sobre este tema, la Corte ha señalado lo siguiente:

En la sentencia T-637 de 2001 [30] , se expuso que el derecho a la participación como expresión del principio democrático supera la concepción de democracia representativa y, por ello, trasciende la esfera electoral. La Corte agregó que a través de este derecho, se fortalece el concepto de ciudadanía, como también el papel de los ciudadanos en las decisiones de la esfera pública que incluyen no sólo el ámbito electoral sino cualquier proceso de decisión que afectan su vida.

Vale decir que en ese pronunciamiento, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional expuso que a través del derecho a la participación se puede alcanzar un mayor nivel de eficiencia y eficacia en el sistema estatal, pues “… Un Estado en el que los ciudadanos cuentan con el derecho de tomar parte de f orma directa en las decisiones a adoptar, de controlar los poderes públicos, de calificar los resultados obtenidos para exigir responsabilidad política , es un Estado en el que probablemente se logrará satisfacer en más alto grado las necesidades de sus asociados …” (Subraya fuera de texto) Agregado a lo anterior, se destaca que la eficiencia y la eficacia del Estado no depende únicamente de los esfuerzos que se realicen individualmente por las personas encargadas de realizar determinada función o tarea, sino también de la eficacia de la participación , esto es, de la posibilidad de realizar efectivamente el derecho a la participación y de que ésta tenga un impacto.

Bajo esta misma perspectiva, en la sentencia C-522 del 2002 [31] , la Corte estableció que el derecho a la participación no está restringido al plano político sino que es extensivo a varias esferas sociales, como por ejemplo en el interés por la deliberación que llevan a cabo cuerpos colectivos diferentes a los políticos. Igualmente, se resaltó que el ejercicio de la democracia participativa abarca al individuo como ciudadano en la multiplicidad de roles que desempeña, como es el caso de los afiliados a las empresas promotoras de salud:

“De otra parte, es necesario puntualizar que la Constitución Política de 1991 no restringe el principio democrático al ámbito político sino que lo extiende a múltiples esferas sociales. El proceso de ampliación de la democracia supera la reflexión sobre los mecanismos de participación directa y especialmente hace énfasis en la extensión de la participación de las personas interesadas en las deliberaciones de los cuerpos colectivos diferentes a los políticos. El desarrollo de la democracia se extiende de la esfera de lo político en la que el individuo es considerado como ciudadano, a la esfera social donde la persona es tomada en cuenta en su multiplicidad de roles, por ejemplo, como trabajador, estudiante, miembro de una familia, afiliado a una empresa prestadora de salud, consumidor etc. Ante la extensión de la democracia la Corte Constitucional ha señalado que el principio democrático que la Carta prohíja es a la vez universal y expansivo [32] .

Universal porque compromete varios escenarios, procesos y lugares tanto públicos como privados y también porque la noción de política que lo sustenta se nutre de todo lo que válidamente puede interesar a la persona, a la comunidad y al Estado y sea por lo tanto susceptible de afectar la distribución, control y asignación del poder. Es expansivo pues porque ha de ampliarse progresivamente conquistando nuevos ámbitos y profundizando permanentemente su vigencia, lo que demanda por parte de los principales actores públicos y privados un denodado esfuerzo para su efectiva construcción [33] ” (negrilla fuera del texto).

Siguiendo esta misma línea argumentativa, la sentencia C-127 de 2004 [34] también refirió que el derecho a la participación no se circunscribe al campo electoral, sino que trasciende a los espacios públicos y privados en donde se adoptan decisiones que impacten a la comunidad .

Del anterior recuento se concluye que el derecho a la participación (i) es un derecho fundamental; (ii) es una expresión del principio democrático del Estado Social de Derecho;

(iii) su fundamento, entre otras disposiciones superiores, se encuentra en el artículo 2 que establece como fin estatal "… facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan" ;

(iv) expresa un modelo de comportamiento de los ciudadanos; y (v) a través de esta garantía, se fortalecen y democratizan las instancias de representación y se promueven valores constitucionales como el pluralismo y la tolerancia.

2.7.1 La faceta de participación de los derechos fundamentales Es importante hacer alusión a la teoría democrática en la determinación del contenido de los derechos fundamentales [35] .

Desde esta perspectiva, el concepto democrático de persona se halla en el trasfondo de los enunciados constitucionales. [36] Así, unas de las manifestaciones del principio democrático son derechos de participación, cuya importancia radica en que "…las posiciones derivadas de los derechos fundamentales democráticos atribuyen al ciudadano un poder jurídico para obtener del Estado y del Derecho la modificación de una situación jurídica, como reacción a su conducta participativa" [37] .

Esto es, los derechos de participación otorgan un poder jurídico a las personas para reclamar modificaciones de situaciones jurídicas, políticas, etc. y otorgan garantía de que la participación genere consecuencias. Por tanto, uno de los pilares de los derechos de participación es que la participación produzca efectos jurídicos [38] .

Además, el principio del Estado Social y Democrático de Derecho y la naturaleza expansiva del principio democrático, implican que las garantías democráticas, como el derecho a la participación, irradian todos los derechos fundamentales. En ese orden de ideas puede afirmarse que todos los derechos tienen una faceta participativa, que no se circunscriben únicamente a la participación política [39] .

3. CASO CONCRETO Procede entonces la Sala a analizar si el legislador, al regular en el artículo 3 de la Ley 1221 de 2008, incurrió en una omisión legislativa relativa, al no incluir dentro de los partícipes de la formulación de la política pública del fomento del teletrabajo, a los trabajadores, representados a través de los sindicatos.

Tal y como lo ha sostenido la Corporación para que pueda prosperar un cargo por omisión legislativa relativa resulta necesario: "(i) que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo; (ii) que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta; (iii) que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente; (iv) que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma; y (v) que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador" [40] Procede la Sala entonces a analizar si ellos se encuentran acreditados en el proceso objeto de análisis.

3.1 " Existencia de una norma frente a la cual se predica la omisión" . La norma acusada frente a la cual se predica la omisión, es el artículo 3 de la Ley 1221 de 2008, a través de la cual se regula los partícipes de la construcción de la política pública el fomento del teletrabajo. La norma dispone que para el cumplimiento de la ley de teletrabajo, el Gobierno Nacional, a través del Ministerio de la Protección Social formulará, previo estudio Conpes, una Políti c a

Pública de Fomento al teletrabajo. Para el efecto, el Ministerio de la Protección Social contará con el acompañamiento del Ministerio de Comunicaciones, el Ministerio de Comercio, Industria y Tur ismo y el Departamento Nacional de Planeación, el Departamento Administrativo de la Función Publica, el SENA, y la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN .

Como lo señalan los demandantes, la norma no establece participación de los trabajadores, ni de asociaciones que puedan agremiarlos, dentro de la construcción de la política pública.

3.2 " Que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta" En este caso, la disposición demandada excluye de sus consecuencias jurídicas un evento que, como pasará a explicarse, tenía que estar contenido en el texto normativo cuestionado, como es la representación de los trabajadores, en la construcción de la política de fomento del teletrabajo. Lo anterior por cuanto es claro que su implementación tendrá un impacto directo en sus intereses, los cuales, además tienen una incidencia profunda en los derechos fundamentales, específicamente en la garantía de las condiciones laborales mínimas consagradas en artículo 53 Superior.

3.2.1 En efecto, la participación de los afectados en la elaboración de una política pública, es una condición que efectivamente ha sido establecida por la jurisprudencia como un elemento fundamental que permite que la misma esté acorde con los postulados constitucionales.

Concretamente, la jurisprudencia constitucional ha precisado tres condiciones básicas, a la luz de la Constitución Política, que debe observar toda política pública orientada a garantizar un derecho constitucional. En este caso, la política del fomento del teletrabajo establecerá las herramientas para la implementación y promoción del uso de las tecnologías de la información en la nueva modalidad laboral denominada teletrabajo, y por tanto, se desarrolla un principio de nuestro ordenamiento constitucional, contemplado en el artículo 1 Superior que dispone expresamente " Colombia es un Estado Social de Derecho….fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran ", así como el derecho fundamental al trabajo consagrado en el artículo 25. Las condiciones desarrolladas por la jurisprudencia son:

"3.3.11. La primera condición es que la política efectivamente exista. No se puede tratar de unas ideas o conjeturas respecto a qué hacer, sino un programa de acción estructurado que le permita a la autoridad responsable adoptar las medidas adecuadas y necesarias a que haya lugar. Por eso, como se dijo, se viola una obligación constitucional de carácter prestacional y programática, derivada de un derecho fundamental, cuando ni siquiera se cuenta con un plan para progresivamente cumplirla.

[41] Así pues, en la sentencia T-595 de 2002, por ejemplo, - en lo que respecta a las dimensiones positivas de la libertad de locomoción de los discapacitados - al constatar que la entidad acusada violaba el derecho fundamental exigido, por no contar con un plan, [42] la Corte resolvió, entre otras cosas, tutelar los derechos a la libertad de locomoción y a la igualdad del accionante, en razón a su discapacidad especialmente protegida.

3.3.12. La segunda condición es que la finalidad de la política pública debe tener como prioridad garantizar el goce efectivo del derecho. En tal sentido, por ejemplo, no puede tratarse de una política pública tan sólo simbólica, que no esté acompañada de acciones reales y concretas.

[43] Así pues, también se viola la Constitución cuando existe un plan o un programa, pero se constata que (i) "sólo está escrito y no haya sido iniciada su ejecución" o (ii) "que así se esté implementando, sea evidentemente inane, bien sea porque no es sensible a los verdaderos problemas y necesidades de los titulares del derecho en cuestión, o porque su ejecución se ha diferido indefinidamente, o durante un período de tiempo irrazonable".

[44] 3.3.13. La tercera condición es que los procesos de decisión, elaboración, implementación y evaluación de la política pública permitan la participación democrática.

[45] En tal sentido, la jurisprudencia ha considerado inaceptable constitucionalmente que exista un plan (i) 'que no abra espacios de participación para las diferentes etapas del plan', o (ii) 'que sí brinde espacios, pero éstos sean inocuos y sólo prevean una participación intrascendente.' [46] Cuál es el grado mínimo de participación que se debe garantizar a las personas, depende del caso específico que se trate, en atención al tipo de decisiones a tomar. Por ejemplo, en la sentencia T-595 de 2002, a propósito de la protección de la libertad de locomoción en el contexto del transporte público, la Corte indicó, con base en el pronunciamiento expreso del legislador, que el alcance mínimo que se debía dar a la participación ciudadana en esta área, debía contemplar "por lo menos, a la ejecución y al sistema de evaluación del plan que se haya elegido." [47] (Subrayado fuera del texto) En resumen, debe existir (i) un plan específico para garantizar de manera progresiva el goce efectivo del derecho constitucional en su faceta prestacional; (ii) un cronograma de actividades para su ejecución. El plan (iii) debe responder a las necesidades de la población hacia la cual fue estructurado; (iv) debe ser ejecutado en un tiempo determinado, sin que este lapso se torne en irrazonable ni indefinido y; (v) debe permitir una verdadera participación democrática en todas las etapas de su elaboración.

Cabe además reiterar que esta política pretende desarrollar y hacer efectivo el derecho al trabajo. Son varios los artículos constitucionales que establecen la protección constitucional del empleo. Así, el artículo 25 superior constituye la cláusula general de protección del derecho de acceso, permanencia y estabilidad del empleo de los trabajadores; el artículo 26 regula, entre otros temas, la libertad de escogencia de la profesión u oficio productivo; el artículo 39 autoriza expresamente a los trabajadores y a los empleadores a constituir sindicatos y asociaciones para defender sus intereses; el artículo 40, numeral 7º establece como un derecho ciudadano el de acceder a los cargos públicos; los artículos 48 y 49 de la Carta establecen los derechos a la seguridad social en pensiones y en salud, entre otros, de los trabajadores dependientes e independientes; el artículo 53 regula los principios mínimos fundamentales de la relación laboral; el artículo 54 establece la obligación del Estado de propiciar la ubicación laboral a las personas en edad de trabajar y de garantizar a las personas discapacitadas el derecho al trabajo acorde con sus condiciones de salud; los artículos 55 y 56 consagran los derechos a la negociación colectiva y a la huelga; el artículo 60 otorga el derecho a los trabajadores de acceso privilegiado a la propiedad accionaria; el artículo 64 regula el deber del Estado de promover el acceso progresivo a la propiedad de la tierra y la efectividad de varios derechos de los campesinos y los trabajadores agrarios;

el artículo 77 que garantiza la estabilidad; el artículo 334 superior establece como uno de los fines de la intervención del Estado en la economía, el de " dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos" , entre otros.

De igual manera, la protección constitucional del trabajo, que involucra el ejercicio de la actividad productiva tanto del empresario como la del trabajador o del servidor público, no está circunscrita exclusivamente al derecho a acceder a un empleo sino que, por el contrario, es más amplia e incluye, entre otras, la facultad subjetiva para trabajar en condiciones dignas, para ejercer una labor conforme a los principios mínimos que rigen las relaciones laborales y a obtener la contraprestación acorde con la cantidad y calidad de la labor desempeñada.

Es por esto que la participación de los trabajadores en la implementación de políticas públicas que puedan afectarlos directamente, constituye una exigencia que no sólo desarrolla los artículos constitucionales previamente señalados, sino que también es una exigencia dentro de un paradigma participativo de la democracia.

La democracia constitucional consiste no sólo en la representatividad política de las funciones de gobierno, sino también en el conjunto de normas que limitan y vinculan el ejercicio de los poderes públicos a la garantía de los derechos de todos [48] .

Desde esta perspectiva, el concepto democrático de persona se halla en el trasfondo de los enunciados constitucionales. [49] Una de las manifestaciones del principio democrático son los derechos de participación, cuya importancia radica en que "…las posiciones derivadas de los derechos fundamentales democráticos atribuyen al ciudadano un poder jurídico para obtener del Estado y del Derecho la modificación de una situación jurídica, como reacción a su conducta participativa" [50] .

El principio del Estado Social y Democrático de Derecho y la naturaleza expansiva del principio democrático, implican que las garantías democráticas, como el derecho a la participación, irradian todos los derechos fundamentales.

3.2.2. Establecida entonces la necesidad de la participación democrática de los trabajadores en la construcción de la política pública del teletrabajo, debe entonces determinarse si los sindicatos pueden ser una forma válida en que pueden ser efectivamente representados.

En primer lugar, cabe señalar que en el derecho laboral una de las principales manifestaciones de la democracia constitucional ha sido el reconocimiento de la autonomía colectiva y de las formas colectivas de autotutela que permiten compensar la disparidad de la fuerza contractual existente entre los empleadores y los trabajadores [51] .

En este sentido, la Corte ha reconocido que "La participación de todas las personas interesadas en el resultado de un proceso de toma de decisiones, es tal vez el más importante de los "principios democráticos" a que se refiere el artículo 39 de nuestra Constitución. Siendo el sindicato el foro de discusión y decisión por excelencia de asuntos determinantes para el desarrollo de las relaciones entre empleador y empleados, forzoso es concluir que el respeto a la posibilidad de participar en él es un límite del fuero interno otorgado por el ordenamiento Jurídico a los sindicatos" [52] .

En este orden de ideas, la Corte Constitucional ha considerado que los sindicatos representan los intereses de la comunidad de los trabajadores, con arreglo a las funciones generales que le son propias. La Sentencia C-385 de 2000 [53] destacó la estrecha relación que existe entre la libertad de asociarse en sindicatos y el derecho a la participación:

"La Corte estima necesario precisar que el derecho de asociación sindical, debe necesariamente considerarse integrado a la concepción democrática del Estado Social de Derecho, pluralista, participativo, fundado en el respeto de la dignidad y de la solidaridad humanas, que reconoce y protege unas libertades básicas, si se repara que la libertad de asociarse en sindicatos no es otra cosa que la proyección de un conjunto de libertades fundamentales del hombre, como las de expresión y difusión del pensamiento y opiniones e información, y de reunión, las cuales conducen a afirmar el derecho de participación en la toma de decisiones relativas a los intereses comunes de los asociados, que constituye el punto de partida para la participación política".

Así mismo, se ha señalado que el derecho de asociación sindical es fundamental para el desarrollo del contenido democrático del Estado Social de Derecho:

"Esta Corporación se ha pronunciado en reiteradas oportunidades sobre el derecho de asociación sindical, afirmando que el mismo: "debe necesariamente considerarse integrado a la concepción democrática del Estado Social de Derecho, pluralista, participativo, fundado en el respeto de la dignidad y de la solidaridad humanas, que reconoce y protege unas libertades básicas, si se repara que la libertad de asociarse en sindicatos no es otra cosa que la proyección de un conjunto de libertades fundamentales del hombre, como las de expresión y difusión del pensamiento y opiniones e información, y de reunión, las cuales conducen a afirmar el derecho de participación en la toma de decisiones relativas a los intereses comunes de los asociados, que constituye el punto de partida para la participación política."

[54] De igual manera, Colombia ha ratificado diferentes convenios de los OIT que respaldan esta conclusión. Así, el Convenio 87 " sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 " , señala dentro de sus considerandos que "el preámbulo de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo enuncia, entre los

medios susceptibles de mejorar las condiciones de trabajo y de garantizar la paz, "la afirmación del principio de la libertad de asociación sindical ". De igual manera, el artículo 2 dispone que “ Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas”.

En igual sentido, señala el Convenio 144 “ sobre la consulta tripartita (normas internacionales del trabajo), 1976 ” , aprobado mediante la Ley 410 de 1997, que establece la obligación de participación de los representantes de los trabajadores, especialmente en el marco de los derechos sindicales. Expresamente señaló que “ Recordando las disposiciones de los convenios y recomendaciones internacionales del trabajo existentes -- y en particular del Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948; del Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949, y de la Recomendación sobre la consulta (ramas de actividad económica y ámbito nacional), 1960 -- que afirman el derecho de los empleadores y de los trabajadores de establecer organizaciones libres e independientes y piden que se adopten medidas para promover consultas efectivas en el ámbito nacional entre las autoridades públicas y las organizaciones de empleadores y de trabajadores, así como las disposiciones de numerosos convenios y recomendaciones internacionales del trabajo que disponen que se consulte a las organizaciones de empleadores y de trabajadores sobre las medidas que deben tomarse para darles efecto” . En estos mismos términos señala el artículo 1 que “ En el presente Convenio, la expresión organizaciones representativas significa las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, que gocen del derecho a la libertad sindical.” De lo anterior se concluye entonces que existe una importante función de representación de las organizaciones sindicales frente a los intereses de los trabajadores. Por lo tanto, la inclusión de las organizaciones sindicales dentro de la formulación de la política pública de fomento al teletrabajo encuentra sustento en normas constitucionales y sería una forma adecuada para hacer frente a la omisión legislativa relativa en la que ha incurrido el legislador al expedir el artículo 3 de la Ley 1221 de 2008. Ello además ha sido reconocido expresamente por esta Corporación, que recientemente en la sentencia C-1053 de 2012 [55] , dispuso la participación de asociaciones de sindicatos de pensionados en la conformación de Consejos Directivos.

3.3. “Que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente ”. Considera la Sala que la exclusión de los teletrabajadores en la elaboración de la política pública del teletrabajo carece de razón suficiente, pues tal y como lo afirma los demandantes, no se aprecia motivo constitucional válido que justifique la no incorporación. Por el contrario, su exclusión no sólo va en contra del espíritu de la Ley 1221 de 2008, que pretende proteger y garantizar la aplicación de todas las garantías laborales a favor de las personas que desarrollan sus laborales valiéndose de las tecnologías de la información y de la telecomunicación, sino que también se traduciría en la violación del derecho a la participación y las garantías d reconocidas por la Constitución en el artículo 53.

3.4 “ Que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma ” .

Este presupuesto también se encuentra demostrado por cuanto, como se expuso, la no participación en los asuntos que podría afectar los intereses de los trabajadores, podría marginarlos de decisiones que inciden en el goce de su derecho al trabajo.

3.5 Se exige, para que se configure una omisión legislativa relativa, que “la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador ” [56] , tales como son: la protección especial al trabajo, consagrado, entre otros en el artículo 25 de la Constitución Política y el derecho a la participación en las decisiones que afectan a este grupo social.

En este sentido, como ya se manifestó, el derecho a la participación exige la posibilidad de todos de participar en las decisiones que los afectan, tal como señala el artículo 2º de la Constitución, garantía que resulta una expresión esencial del carácter democrático y pluralista del Estado Social de Derecho y que se ve vulnerado si se excluye a un grupo de población de poder participar en decisiones tan trascendentales para los trabajadores.

3.6 Finalmente, resulta importante señalar que la política pública del fomento al teletrabajo no sólo interesa a los trabajadores, sino también a los empleadores, dentro del concepto de tripartismo desarrollado por la Organización Internacional del Trabajo –OIT-.

El tripartismo, es un principio básico de organización de las relaciones laborales que impulsa la OIT. En este sentido, se fundamenta en el presupuesto de que las decisiones relacionadas con las políticas económicas y sociales, deben atender los intereses y puntos de vista de sus principales actores: el Estado, el capital y el trabajo. Ello a través del diálogo entre gobiernos, empleadores y sindicatos.

En el Informe VI a la Conferencia Internacional del Trabajo-1996, se adopta el documento " Consulta tripartita en el plano nacional sobre la política económica y social ", que señaló expresamente:

Desde su creación en 1919, la Organización Internacional del Trabajo ha promovido la cooperación entre los empleadores, los trabajadores y los gobiernos a fin de hacer realidad la justicia social . Estos tres interlocutores sociales intervienen en todos los debates y procesos de toma de decisiones relacionados con las cuestiones laborales internacionales, con el objetivo de establecer una «paz universal y permanente» y de fomentar el trabajo decente para todos. Esta estructura tripartita es la característica que define la singularidad de la OIT en el sistema de las Naciones Unidas.

Contar con una cooperación tripartita eficaz y significativa es tan importante en el plano nacional como en el internacional. Por este motivo, la Constitución de la OIT señala claramente el papel que corresponde a las organizaciones de empleadores y de trabajadores en relación a la adopción y supervisión de las normas internacionales del trabajo (es decir, los convenios y las recomendaciones). Además, en la mayoría de estos instrumentos se define la función que cumplirán dichas organizaciones en su aplicación en el contexto nacional. Asimismo, hay algunos convenios y recomendaciones que tratan específicamente de la promoción de la consulta tripartita en cada país.

La Conferencia Internacional del Trabajo adoptó tres importantes normas internacionales del trabajo para promover el tripartismo, a saber, el Convenio sobre la consulta tripartita (normas internacionales del trabajo), 1976 (núm.

144), la Recomendación sobre la consulta tripartita (actividades de la Organización Internacional del Trabajo), 1976 (núm. 152), y la Recomendación sobre la consulta (ramas de actividad económica y ámbito nacional), 1960 (núm.

113). Estos tres instrumentos promueven el diálogo entre los gobiernos, los representantes de los empleadores y los representantes de los trabajadores ."(Subrayado fuera del texto) Por todo lo anterior, la política pública del teletrabajo interesa a otros actores del sector laboral, toda vez que es indudable que la formulación de la política pública afecta tanto a los trabajadores como a los empleadores. Por consiguiente, la formulación de políticas públicas en materia laboral debería contar con la participación de las tres partes involucradas: el Gobierno Nacional, los trabajadores-representados por los sindicatos -y los empleadores - por las respectivas agremiaciones-(art. 39 C.P.).

En esta oportunidad, y teniendo en cuenta que el objeto de la demanda versa sobre la omisión en la inclusión de las organizaciones sindicales, la norma acusada se condicionará bajo el entendido que las organizaciones sindicales hacen parte de aquellas entidades que acompañarán al Ministerio del Trabajo en su misión de diseñar la política pública del fomento al teletrabajo.

4. Conclusión Esta Sala considera que la omisión legislativa relativa se configura en el caso en estudio, pues: (i) existe un regulación incompleta, (ii) en un texto normativo preciso, existente y determinado del cual se deriva la omisión, (iii) el artículo 3 de la Ley 1221 de 2008 excluye a los trabajadores, en cabeza de los sindicatos, de la participación en la elaboración de la política pública del teletrabajo, olvidando que tanto la Constitución como la jurisprudencia constitucional han establecido el derecho a la participación de los sectores que se ven directamente afectados con dicha política, (iv) no existe razón suficiente que justifique la omisión relativa en la que incurrió el legislador, (v) con el silencio del legislador se vulnera el derecho a la participación y (vi) pese a que existe un deber impuesto del Constituyente referido a las garantías que deben ser reconocidas a los trabajadores.

Lo expuesto, necesariamente implicaría que las expresiones acusadas fueran expulsadas del ordenamiento jurídico. No obstante, una decisión de esa naturaleza dejaría sin la existencia misma de la política pública del teletrabajo, generándose un efecto no querido ni por el demandante ni la Corte, razón por la cual se impone proferir una sentencia integradora, a partir de la cual se declare la exequibilidad condicionada del artículo 3 de la Ley 1221 de 2008 , bajo el entendido que las organizaciones sindicales hacen parte de aquellas entidades que acompañarán al Ministerio del Trabajo en su misión de diseñar la política pública de fomento al teletrabajo.

5. DECISIÓN En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional , administrando justicia, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución, RESUELVE Primero.

- Declarar EXEQUIBLE el artículo 3º de la Ley 1221 de 2008, siempre y cuando se entienda que las organizaciones sindicales hacen parte de aquellas entidades que acompañarán al Ministerio del Trabajo en su misión de diseñar la política pública de fomento al teletrabajo.

Segundo.- INHIBIRSE de proferir pronunciamiento en relación con el numeral 1 del artículo 6 de la Ley 1221 de 2008, por ineptitud sustantiva de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese, cúmplase y archívese el expediente. JORGE IVÁN PALACIO PALACIO Presidente MARÍA VICTORIA CALLE CORREA MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO Magistrada Magistrado LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO Magistrado Ausente en comisión Magistrado Ausente en comisión NILSON PINILLA PINILLA ALBERTO ROJAS RIOS Magistrado Magistrado JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB LUIS ERNESTO VARGAS SILVA Magistrado Magistrado MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ Secretaria General [1] Dice la citada norma: “ Artículo 2º. Las demandas en las acciones públicas de inconstitucionalidad se presentarán por escrito, en duplicado, y contendrán: 1. El señalamiento de las normas acusadas como inconstitucionales, su transcripción literal por cualquier medio o un ejemplar de la publicación oficial de las mismas; 2. El señalamiento de las normas constitucionales que se consideren infringidas; 3. Los razones por las cuales dichos textos se estiman violados; 4. Cuando fuera el caso, el señalamiento del trámite impuesto por la Constitución para la expedición del acto demandado y la forma en que fue quebrantado; y 5. La razón por la cual la Corte es competente para conocer de la demanda ".

[2] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa [3] Sentencia C-641 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil. Tomado de las Sentencias C-1052 y 1193 de 2001. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, entre otras [4] Ver la Sentencia C-185/02 M.P. Rodrigo Escobar Gil [5] Ver la Sentencia C- 041 de 2002 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[6] Sentencia C-543 de 1996 M.P Carlos Gaviria Díaz [7] Sentencia C-1009 de 2005 [8] El artículo 3 PARÁGRAFO 1. dispone Teletrabajo para población vulnerable . El Ministerio de la Protección Social, dentro de los seis (6) meses siguientes a la promulgación de esta ley, formulará una política pública de incorporación al teletrabajo de la población vulnerable (Personas en situación de discapacidad, población en situación de desplazamiento forzado, población en situación de aislamiento geográfico, mujeres cabeza de hogar, población en reclusión, personas con amenaza de su vida).

[9] Ponencia para primer debate al Proyecto de Ley numero 170 de 2006 Senado, 136 de 2007, Cámara. Gaceta No. 85 de 2008. [10] Pérez Troncoso, Claudia y Xalambri Medeci, Adriana. “La descentralización empresarial y el derecho del trabajo: El teletrabajo y los problemas que plantea”. FCU Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 2000.

[11] RICH, Motoko. “Entre las ruinas, las empresas regresan al futuro” The Wall Street Journal, jueves 4 de octubre de 2001. Allí se da cuenta del incremento en el 30% del teletrabajo en las grandes compañías norteamericanas que fueron gravemente afectadas por ataques terroristas del 11 de septiembre de 2002. Por ejemplo, la empresa American Express Co., fue gravemente afectada por la destrucción de sus oficinas en el World Trade Center y acudió al teletrabajo para continuar prestando sus servicios.

[12] Pérez Troncoso, Claudia y Xalambri Medeci, Adriana. “La descentralización empresarial y el derecho del trabajo: El teletrabajo y los problemas que plantea”. FCU Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 2000.

[13] Pérez de los Cobos Orihuel “Nuevas Tecnologías y Relación de Trabajo”, Valencia, 1990- [14] Thibault Aranda, Xavier. “ Aspectos jurídicos del teletrabajo “. Revista Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid. 1998.nº.11 [15] STS Madrid 3 de febrero de 2003 [R. 5220/2002] [16] El estudio fue realizado por el Profesor Xavier Thibault, en su estudio "El Teletrabajo", publicado por el Consejo Económico Social de la Unión Europea.

[17] A. Pumarino, Chile: Legislación Laboral y Teletrabajo, Alfa- Redi: Revista de Derecho Informático, 12 julio del 2004; http://www.alfa-redi.org [18] Entre otros, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 13 sobre el derecho a la educación, la Conferencia sobre el Medio Ambiente Humanos de Estocolmo de 1972, la Carta Mundial de la Naturaleza, la Cumbre de la Tierra de Río de Janeiro de 1992, la Conferencia Mundial sobre el Desarrollo Sostenible de los Pequeños Estados Insulares en Desarrollo.

[19] Artículo XIII. Toda persona tiene el derecho de participar en la vida cultural de la comunidad, gozar de las artes y disfrutar de los beneficios que resulten de los progresos intelectuales y especialmente de los descubrimientos científicos.

Tiene asimismo derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de los inventos, obras literarias, científicas y artísticas de que sea autor.

Derecho a los beneficios de la cultura. [20] Artículo XX. Toda persona, legalmente capacitada, tiene el derecho de tomar parte en el gobierno de su país, directamente o por medio de sus representantes, y de participar en las elecciones populares, que serán de voto secreto, genuinas, periódicas y libres.

Derecho de sufragio y de participación en el gobierno. [21] Artículo XXI. Toda persona tiene el derecho de reunirse pacíficamente con otras, en manifestación pública o en asamblea transitoria, en relación con sus intereses comunes de cualquier índole.

[22] Artículo XXII. Toda persona tiene el derecho de asociarse con otras para promover, ejercer y proteger sus intereses legítimos de orden político, económico, religioso, social, cultural, profesional, sindical o de cualquier otro orden.

[23] Artículo 6. [24] Artículo 23. Derechos Políticos 1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;

b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

[25] Entre otros artículos de la Constitución Política en los que puede identificarse el derecho a la participación se encuentran; 3° (soberanía popular), 20 (libertad de opinión, prensa e información), 23 (derecho de petición), 37 (derecho de reunión), 38 (derecho de asociación), 49 (participación en los servicios de salud), 74 (libre acceso a los documentos públicos), 103 (mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de la soberanía), 270 (sistemas de participación ciudadana para la vigilancia de la gestión pública) y 369 (participación de usuarios de servicios públicos). Ver sentencias T-814 de 1999 M.P. Antonio Barrera Carbonell, T-473 de 2003 M.P. Jaime Araujo Renteria, T-127 de 2004 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

[26] M.P. Hernando Herrera Vergara. [27] Ver “La Participación en la Gestión Ambiental. Un reto para el nuevo milenio” Rodríguez, Gloria Amparo y Múñoz Ávila, Lina Marcela. Colección de textos de jurisprudencia, Ed.

Universidad del Rosario (2009). [28] M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. [29] Sobre los alcances jurídicos de la democracia participativa, Cfr. Corte Constitucional. Sentencias T- 03 de 1992, T-439 de 1992 y C-537 de 1993, entre otras.

[30] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. [31] M.P. Jaime Córdoba Triviño [32] Sentencia C-089 de 1994. “ [33] Ibidem” [34] M.P. Alfredo Beltrán Sierra [35] BERNAL PULIDO, Carlos “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales” en Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005. pág. 316 y siguientes.

[36] Ibídem [37] Höfling, citado en i bídem, p. 319. [38] Bernal Pulido explica: “En primer término, estas posiciones consisten en el derecho fundamental a la no eliminación de sí mismas. En segundo lugar, garantizan iusfundamentalmente la libertad del ciudadano de participar y de no participar. En esta dimensión se erigen como derechos de defensa. En tercer lugar, las posiciones democráticas pueden ser entendidas como competencias iusfundamentalmente reforzadas, es decir, como derechos fundamentales a que el Estado produzca ciertos efectos jurídicos, una vez hayan tenido lugar determinados actos [s]e participación del ciudadano en la esfera pública , y también correlativamente, el derecho fundamental a que el Estado no produzca estos efectos, cuando los actos de participación no ocurran. Por último, estas posiciones también contienen algunos derechos de prestación.” (Subraya fuera del texto) Cfr. p.

323 [39] Bernal explica “ Todo lo anterior significa que las facultades del concepto democrático de persona, es decir, las concreciones de la capacidad de discernimiento, también se proyectan sobre otros derechos fundamentales, distintos de los derechos de participación política en sentido estricto.

<<Ningún derecho fundamental es totalmente apolítico>>, ha enfatizado Höfling”. Cfr. p. 333-334. [40] Sentencia C-1009 de 2005 [41] Corte Constitucional, Sentencia T-595 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa); dice la Corte al respecto: “ Primero, como se dijo, debe existir una política pública, generalmente plasmada en un plan. Es lo mínimo que debe hacer quien tiene la obligación de garantizar la prestación invocada. Se desconoce entonces la dimensión positiva de un derecho fundamental en sus implicaciones programáticas, cuando ni siquiera se cuenta con un plan que conduzca, gradual pero seria y sostenidamente a garantizarlo y protegerlo .” [42] Corte Constitucional, Sentencia T-595 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa); la Corte indicó al respecto: “ No obstante, pese a que Transmilenio logró que Sistema Troncal sea un ejemplo de accesibilidad a nivel no sólo nacional sino regional, y que tiene razón en cuanto a la imposibilidad de tener actualmente el Sistema de rutas alimentadoras en el mismo nivel, advierte la Corte que no ha observado el contenido mínimo exigible del derecho fundamental invocado, esto es, la existencia de una política pública que se concrete en un programa de acción. Según el Gerente de la Empresa, aunque se han estudiado algunas alternativas, actualmente no existe un plan que asegure al accionante, progresivamente, la accesibilidad al servicio de

transporte público .” [43] Corte Constitucional, Sentencia T-595 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa); dice la Corte al respecto: “ Segundo, el plan debe estar encaminado a garantizar el goce efectivo del derecho; el artículo 2° de la Constitución fija con toda claridad este derrotero. La defensa de los derechos no puede ser formal. La misión del Estado no se reduce a expedir las normas y textos legales que reconozcan, tan sólo en el papel, que se es titular de ciertos derechos. La racionalidad estatal mínima exige que dichas normas sean seguidas de acciones reales. Estos deben dirigirse a facilitar que las personas puedan disfrutar y ejercer cabalmente los derechos que les fueron reconocidos en la Constitución .” [44] Corte Constitucional, Sentencia T-595 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

[45] Al respecto, la Corte señaló específicamente lo siguiente: “ Tercero, el plan debe ser sensible a la participación ciudadana cuando así lo ordene la Constitución o la ley. Este mandato proviene de diversas normas constitucionales, entre las cuales se destaca nuevamente el artículo 2°, en donde se indica que es un fin esencial del Estado ‘(…) facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación; (…)’ , lo cual concuerda con la definición de la democracia colombiana como participativa (artículo 1° C.P.) .” Corte Constitucional, Sentencia T-595 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

[46] Corte Constitucional, Sentencia T-595 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa). [47] Corte Constitucional, Sentencia T-595 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa); la Corte consideró que el mandato de garantizar la participación ciudadana es reiterado específicamente para al ámbito del servicio público de transporte, por la Ley 105 de 1993 en los siguientes términos, “ Artículo 3 ° — Principios del Transporte público . (…) || 4.

De la participación ciudadana . Todas las personas en forma directa, o a través de las organizaciones sociales, podrán colaborar con las autoridades en el control y vigilancia de los servicios de transporte. Las autoridades prestarán especial atención a las quejas y sugerencias que se formulen y deberán darles el trámite debido.” Para la Corte, l a norma resalta la importancia de la participación para controlar y vigilar la gestión del Estado. También prevé que en el diseño, ejecución y evaluación de las políticas se ‘ prestará especial atención a las quejas y sugerencias de las organizaciones sociales ’ .

[48] FERRAJOLI, L: Principia Iuris. Teoría de la democracia, Trotta, Madrid, 2011, pág. 96. [49] Ibídem [50] Höfling, citado en i bídem, p. 319.

[51] FERRAJOLI, L: Principia Iuris. Teoría de la democracia, Trotta, Madrid, 2011, pág. 238 [52] Sentencia de la Corte Constitucional T-173 de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

[53] M.P. Antonio Barrera Carbonell. [54] Sentencia de la Corte Constitucional T-080 de 2002, M.P. Jaime Araújo Renteria. [55] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chlajub [56] Sentencias de la Corte Constitucional C-185 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil;

C-1043 de 2006, M .P. Rodrigo Escobar Gil; C-936 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; C-100 de 2011, M.P. María Victoria Calle Correa.

Fuente: Corte Constitucional, relatoría oficial. Documento original:
Copia de consulta hecha el 30 de octubre de 2026 desde el texto oficial publicado por la Corte Constitucional. Es informativa: el texto que vale es el que publica la Corte Constitucional.