

POTESTAD REGLAMENTARIA - Finalidad.Límites

La función reglamentaria consiste en hacer eficaz y plenamente operante la norma superior de derecho, de manera que so pretexto de la reglamentación, no se pueden introducir normas nuevas, preceptos que no se desprenden de las disposiciones legales, reglas que impongan obligaciones o prohibiciones más allá del contenido intrínseco de la ley, pues esto constituye una extralimitación que afecta la voluntad legislativa, o también, una intromisión del Ejecutivo en la competencia del legislador.

FUENTE FORMAL: LEY 789 DE 2002 – ARTICULO 30

CONTRATO DE APRENDIZAJE – Apoyo de sostenimiento del 100 por ciento del smlv, cuando la tasa de desempleo baje 10 por ciento. Determinación por su promedio anual, no excede la facultad reglamentaria

La norma a reglamentar, es decir el artículo 30 de la Ley 789 de 2002 consagra la naturaleza y características del Contrato de Aprendizaje y en su inciso 5° dispone que si la tasa de desempleo baja en un 10% la cuota de sostenimiento del aprendiz en la fase práctica será el 100% del SMLV, de lo contrario la mencionada cuota será equivalente al 75% del Salario Mínimo Legal Vigente. Por tanto, con independencia de que el Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas – DANE, dentro de sus funciones señale la tasa de desempleo anual o trimestralmente, el Gobierno Nacional precedido de una facultad Constitucional consagrada en el numeral 11 del artículo 189 y con fundamento en la Ley 789 de 2002 podía regular este aspecto de tipo técnico, en consonancia desde luego con postulados superiores que informan dicho servicio (artículos 67 y 209 de la Constitución Política). Entonces, el Ejecutivo al señalar que se debe tomar la tasa nacional promedio certificada por el DANE no se extralimitó en su facultad reglamentaria, simplemente incluyó a través del Decreto acusado, la forma como debía tenerse en cuenta la mencionada tasa de desempleo, y puede decirse que la razón de establecer un promedio del periodo anual es debido al comportamiento de la mencionada tasa de desempleo que como se sabe no es estacionario, fluctúa en el tiempo mes a mes y depende de cada ciudad del país.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 189 NUMERAL 11

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

Consejero ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil trece (2013)

Radicación número: 11001-03-25-000-2010-000235-00(1973-10)

Actor: WILLIAM CARDONA

Demandado: GOBIERNO NACIONAL

En ejercicio de la acción establecida en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo y actuando en nombre propio, el señor William Cardona, solicitó la nulidad del Decreto N° 451 de 15 de febrero de 2008, "Por medio del cual se reglamenta el artículo 30 de la Ley 789 de 2002 sobre el contrato de aprendizaje."

I. ANTECEDENTES

1. EL ACTO DEMANDADO

El texto de la disposición demandada, es del siguiente tenor literal:

"DECRETO 451 DE 2008
Por medio del cual se reglamenta el artículo 30 de la Ley 789 de 2002
sobre el Contrato de Aprendizaje.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,

En ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial la que le confiere el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, y en concordancia con el artículo 30 de la Ley 789 de 2002,

DECRETA:

Artículo 1°. Tasa de desempleo de referencia. Para determinar la tasa de desempleo nacional en cumplimiento del inciso quinto del artículo 30 de la Ley 789 de 2002, se tomará la tasa nacional promedio del periodo comprendido entre el 1o de enero y el 31 de diciembre del año inmediatamente anterior, certificada por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística - DANE, a más tardar en la segunda quincena del mes de enero de cada año.

Artículo 2°. Vigencia. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación."

2. LA DEMANDA Y SUS FUNDAMENTOS

Los fundamentos fácticos de las pretensiones se resumen así:

El 14 de enero de 2008, el actor radicó ante el Ministerio de la Protección Social petición a través de la cual solicitó ordenar el pago de la cuota de sostenimiento para los meses de noviembre y diciembre de 2007 del cien por ciento (100%) del Salario Mínimo Legal Mensual Vigente (SMLMV), a los aprendices a nivel nacional de todas las Instituciones con formación profesional laboral, en cumplimiento de los Contratos de Aprendizaje.

Antes de la expedición del Decreto demandado, no existía norma alguna que limitara el tiempo para aplicar y hacer efectivos los derechos establecidos en el artículo 30 literal d) de la Ley 789 de 2002, el que entre otras cosas, dispone que si la tasa de desempleo baja en un 10% los aprendices ganaran el 100% del SMLMV del respectivo año; que para el caso, se trata de los meses de noviembre y diciembre de 2007.

Al Decreto N° 451 de 15 de febrero de 2008, se le dio el carácter de retroactivo porque fue aplicado para el año 2007, situación que es inconstitucional, toda vez que las normas del Ordenamiento Jurídico Colombiano rigen hacia el futuro y no se aplican a hechos o derechos causados en el pasado.

De acuerdo a la certificación expedida por el DANE para los meses de noviembre y diciembre del año 2007, el desempleo rural Nacional fue inferior a 8,5%, por lo que los aprendices del referido sector tenían derecho al pago del 100% del Salario Mínimo; empero ni el SENA ni la Dirección Nacional (sic) efectuaron dicho pago.

Teniendo en cuenta la situación económica anterior, los Directivos del Nivel Nacional de las distintas Instituciones de formación para el trabajo estaban en la obligación de exigirles a todas las empresas el pago inmediato del 25% para los meses de noviembre y diciembre de 2007, porcentaje que debieron aumentar a los Aprendices que se encontraban trabajando en esa época.

El Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA – el 27 de marzo de 2008, contestó el derecho de petición, informándole que no se habían dado situaciones fácticas y jurídicas para que los apoyos de sostenimiento a los aprendices, se hubieran incrementado en un 100% durante la etapa práctica.

Agregó que la Dirección General del SENA no es un órgano legislativo dado que es un simple administrador del contrato de aprendizaje y en tal sentido, no es competente para ordenar o interpretar el Decreto demandado y determinar su carácter retroactivo.

3. TRÁMITE PROCESAL.

3.1. ADMISIÓN DE LA DEMANDA

Por auto de 30 de noviembre de 2010 se admitió la demanda de simple nulidad y se ordenó la notificación personal al Ministro de la Protección Social, o a quien hiciere sus veces y al Agente del Ministerio Público (fs. 17 y 18 cd inicial).

3.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

3.2.1 Del Ministerio de la Protección Social (fs. 37 a 39).

El Ministerio de la Protección Social, por conducto de apoderado dio contestación a la demanda oponiéndose a las pretensiones. Propuso las excepciones de improcedencia de la acción e inepta demanda por falta de requisitos formales. Sus argumentos fueron:

El Decreto N° 451 de 2008 tuvo origen en la necesidad de reglamentar el artículo 30 de la Ley 789 de 2002, con el fin de definir la tasa de desempleo Nacional que se

tendrá en cuenta para efectos del apoyo de sostenimiento, en tal sentido, la norma acusada no hace otra cosa que darle alcance a la Ley, no crea, ni modifica derechos de los aprendices, sólo consigna el punto de referencia para conocer la tasa de desempleo.

La inconformidad del actor más que con el contenido del Decreto, es con el inciso 5 del artículo 30 de la Ley 789 de 2002 que contempla los porcentajes a pagar durante la fase práctica del contrato de aprendizaje.

La norma acusada no vulnera derechos adquiridos, ni laborales de los aprendices, porque se limita a mencionar cuál será la tasa de desempleo para efectos de establecer el apoyo de sostenimiento, tema que debía regularse porque como estaba plasmada la Ley tenía un vacío, que le permitía a las empresas aplicar arbitrariamente la tasa de desempleo.

Es contradictoria a la esencia de la acción de simple nulidad, la pretensión del actor, pues por medio de esta acción no se puede pretender el amparo de derechos eminentemente particulares.

4. LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes guardaron silencio.

5. EL CONCEPTO FISCAL

El Procurador Segundo Delegado ante el Consejo de Estado en concepto visible a folios 43 a 46 solicitó acceder a las súplicas de la demanda, con los argumentos que se sintetizan así:

Con relación a la excepción de improcedencia de la acción de nulidad, advierte que no es de recibo toda vez que, si bien existe un interés particular, esto no impide que se pretenda la anulación de una norma de carácter legal.

Tampoco procede la excepción de inepta demanda por falta de requisitos formales, ya que la inconformidad del actor se sustentó en la manera en que la Entidad llenó el vacío legislativo cuando expidió la norma acusada, lo que no impide conocer de la acción.

En atención a las especiales características del contrato de aprendizaje, el legislador previó el apoyo de sostenimiento durante la fase práctica en un 75% de un salario mínimo mensual vigente, y para la fase lectiva en un 50%; y a su vez dispuso que cuando la tasa de desempleo Nacional fuera inferior al 10%, el apoyo en la fase práctica sería equivalente al 100% de un salario mínimo legal vigente.

A su turno el Decreto 451 de 2008 dispuso que para determinar la tasa de desempleo Nacional en cumplimiento del artículo 30 de la Ley 789 de 2002, se debe tener en cuenta la tasa Nacional promedio del período comprendido entre el 1º de enero y el 31 de diciembre del año inmediatamente anterior, según lo certifique el Departamento Administrativo Nacional de Estadística –DANE-, a más tardar en la segunda quincena del mes de enero de cada año.

La disposición que se reglamenta “no especifica cuál de las certificaciones que en materia de desempleo expide el DANE, deba ser la que se tome en cuenta para el reconocimiento de la diferencia si es que hubiere lugar a ello.” (f. 46).

De conformidad con el artículo 30 de la Ley 789 de 2002, el apoyo que se debe reconocer a los aprendices es mensual y el DANE tiene el deber de certificar mensualmente la tasa de desempleo.

Como la economía es variable, es injusto que los que tienen la obligación de pagar el apoyo a los aprendices deban hacerlo con una tasa de desempleo que haya variado radicalmente respecto del año inmediatamente anterior; igualmente no es justo que a los aprendices se les pague dicho apoyo de acuerdo a una realidad económica que varió.

Cumplidos como se encuentran los presupuestos procesales, conforme a lo establecido por los artículos 84, 128, 136 numeral 1° y 137 del Código Contencioso Administrativo y en cuanto no se observa ninguna causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a dictar sentencia de mérito con base en las siguientes:

II. CONSIDERACIONES

1. DE LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS

1.1. Improcedencia de la Acción de Nulidad.

El Ministerio de la Protección Social planteó como excepción la improcedencia de la acción de nulidad en el presente asunto, sustentada en el hecho de que lo pretendido por el actor, a través de la acción de nulidad, es la prosperidad de unas pretensiones de carácter particular y concreto, las que deben perseguirse a través de otra acción.

Revisado el texto de la demanda, se constata que las pretensiones del demandante se encuentran orientadas a obtener la declaratoria de nulidad del Decreto 451 de 2008, “por medio del cual se reglamenta el artículo 30 de la Ley 789 de 2002”, a través de la acción de simple nulidad, luego, al tratarse de una norma de carácter legal, es válido afirmar que la acción a impetrar, es esta por tratarse de una acción pública, que limita su procedencia a la comparación del acto acusado con las normas a las cuales ha debido estar sujeto, sin que exista razón para desconocer al demandante, el interés por el orden jurídico, y privarlo del acceso a la administración de justicia, por la simple consideración de que la violación alegada provenga de apreciaciones de carácter particular, lo que resultaría contrario a la Constitución y denotaría criterios netamente formalistas.

Bajo este entendido, la excepción propuesta no tiene vocación de prosperar.

1.2. Inepta Demanda.

Igualmente, el Ministerio de la Protección Social dentro de sus argumentos de defensa propuso como excepción la inepta demanda por falta de requisitos formales, aduciendo, en síntesis, que el demandante debió exponer mediante un concepto de violación las razones por las cuales el acto debe ser declarado nulo, tal como lo exige el numeral 4° del artículo 137 del C.C.A.

Dentro de los principios constitucionales que deben orientar la actividad judicial, se encuentra el de la primacía del derecho sustancial sobre las formalidades, consagrado en el artículo 229 de la norma superior.

Si bien en este caso la demanda no está concebida en los términos que el rigorismo formal exige, de ella se deducen las normas de carácter legal y constitucional que se consideran infringidas, cuales son, la Ley 789 de 2002 y el artículo 189 de la Constitución Política.

Solamente en ausencia total de este requisito o cuando adolezca de la enunciación normativa sin la correspondiente sustentación, se entenderá defectuosa la demanda, por carencia de uno de sus presupuestos y necesaria la subsanación en el lapso contemplado en el artículo 143 del C.C.A., aserto que ratifica el carácter formal de la exigencia plasmada en el artículo 137 numeral 4º ibídem.

Dicho requisito fue declarado exequible por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-197 de 1999, con base en los siguientes argumentos:

"... Carece de toda racionalidad que presumiéndose la legalidad del acto tenga el juez administrativo que buscar oficiosamente las posibles causas de nulidad de los actos administrativos, más aun cuando dicha búsqueda no solo dispendiosa sino en extrema difícil y a veces imposible de concretar, frente al sinnúmero de disposiciones normativas que regulan la actividad de la administración. Por lo tanto, no resulta irrazonable, desproporcionado ni innecesario que el legislador haya impuesto al demandante la mencionada obligación, la cual contribuye además a la racional, eficiente y eficaz administración de justicia, si se tiene en cuenta que el contorno de la decisión del juez administrativo aparece enmarcado dentro de la delimitación de la problemática jurídica a considerar en la sentencia, mediante la determinación de las normas violadas y el concepto de la violación. Podría agregarse, que con el establecimiento de dichos requisitos el legislador desarrollo el deber previsto en el art. 95-7 de la Constitución para que quienes demandan actos administrativos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo contribuyan al buen funcionamiento de la administración de justicia..."

A su turno, el Consejo de Estado ha tenido oportunidad de desarrollar la materia, sosteniendo que¹:

"(...) en la demanda, entre otros requisitos, deben indicarse los hechos u omisiones que sirven de fundamento a las pretensiones y señalarse las normas pretendidamente violadas y expresar el concepto de la violación, lo que indica, como reiteradamente ha explicado el Consejo de Estado, que en el proceso contencioso administrativo no se da un control general de legalidad, sino

¹ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejero ponente: Dr. Mario Alario Méndez, Sentencia de 7 de noviembre de 1995. Radicación No. 1415, Actor: Jorge E. Gutiérrez Mora.

limitado a los hechos u omisiones alegados y a las normas que fueron citadas como violadas y al motivo de la violación...”

Por lo expuesto, se concluye que la excepción de inepta demanda propuesta por el Ministerio de Protección Social tampoco está llamada a prosperar en la medida en que dicho libelo no adolece del defecto endilgado, el cual hace relación al desarrollo del concepto de violación.

2. EL PROBLEMA JURÍDICO

Se trata de establecer si el Decreto N° 451 de 15 de febrero de 2008, al disponer que: “para determinar la tasa de desempleo nacional, en cumplimiento del inciso quinto del artículo 30 de la Ley 789 de 2002, se tomará la tasa nacional promedio del periodo comprendido entre el 1° de enero y el 31 de diciembre del año inmediatamente anterior, certificada por el DANE, a más tardar en la segunda quincena del mes de enero de cada año”, infringe el artículo 30 de la Ley 789 de 2002 y el artículo 189 de la Constitución Política, al no especificar cuál de las certificaciones que expide el DANE, debe ser tomada en cuenta para determinar el porcentaje del reconocimiento del apoyo del sostenimiento mensual, durante la fase práctica cuando la tasa de desempleo nacional sea menor del diez por ciento (10%).

3. ANALISIS DE LA SALA

En ejercicio de las facultades constitucionales y legales, en especial de las que le confiere el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y en concordancia con el artículo 30 de la Ley 789 de 2002, el Gobierno Nacional expidió el 15 de febrero de 2008, el Decreto N° 451, por medio del cual se reglamenta el artículo 30 de la Ley 789 de 2002, sobre el Contrato de Aprendizaje, disposición que consagra:

“(...)

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

Son elementos particulares y especiales del contrato de aprendizaje:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

PARÁGRAFO. Para los departamentos de Amazonas, Guainía, Vichada, Vaupés, Chocó y Guaviare, el Gobierno incluirá una

partida adicional en el Presupuesto General de la Nación que transferirá con destino al reconocimiento del pago de los contratos de aprendizaje.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Los contratos de aprendizaje que se estén ejecutando a la promulgación de esta ley, continuarán rigiéndose por las normas vigentes a la celebración del contrato.” (Se resalta y subraya lo atinente al caso concreto).

De conformidad con el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, el Presidente de la República tiene asignada, en forma general, la denominada potestad reglamentaria que, como su nombre lo indica, lo faculta para reglamentar las leyes. Dice así la norma citada:

“Art. 189 Corresponde al Presidente de la República, como Jefe de Estado, jefe de Gobierno y suprema autoridad administrativa:
(...)

11. Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes.”

Esta atribución no es ilimitada, pues está sujeta a la Constitución y al contenido de la misma ley que se va a reglamentar, de manera que el Ejecutivo no puede ir más allá de su contenido para ampliar, modificar o restringir su alcance.

Dicho poder de reglamentación tiene como propósito fundamental hacer operativa la Ley, es decir, permitir que ella tenga cumplida ejecución.

La función reglamentaria consiste en hacer eficaz y plenamente operante la norma superior de derecho, de manera que so pretexto de la reglamentación, no se pueden introducir normas nuevas, preceptos que no se desprenden de las disposiciones legales, reglas que impongan obligaciones o prohibiciones más allá del contenido intrínseco de la ley, pues esto constituye una extralimitación que afecta la voluntad legislativa, o también, una intromisión del Ejecutivo en la competencia del legislador.

De acuerdo con lo anterior, al regular el Contrato de Aprendizaje el querer del legislador con la creación del apoyo al sostenimiento mensual para los aprendices, no fue otro, que el de contribuir a sufragar los gastos básicos, entre ellos, los elementos y vestuario de protección personal del estudiante, durante las fases lectiva y práctica de su formación, además de intentar minimizar con ello, las posibilidades de deserción de los jóvenes como población más vulnerable y los consiguientes problemas sociales que ello acarrea, con el fin de garantizar efectivamente el proceso de aprendizaje.

Es por ello que el Gobierno Nacional, reglamentó por medio del Decreto 451 de 15 de febrero de 2008, que para determinar la tasa de desempleo nacional², se debía tomar la tasa nacional promedio del periodo comprendido entre el 1° de enero y el 31 de diciembre del año inmediatamente anterior, certificada por el Departamento Administrativo

² Esta variable incluye el porcentaje de la fuerza laboral que está sin empleo.

Nacional de Estadísticas -DANE a más tardar en la segunda quincena del mes de enero de cada año.

Ahora bien, la norma a reglamentar, es decir el artículo 30 de la Ley 789 de 2002 consagra la naturaleza y características del Contrato de Aprendizaje y en su inciso 5° dispone que si la tasa de desempleo baja en un 10% la cuota de sostenimiento del aprendiz en la fase práctica será el 100% del SMLV, de lo contrario la mencionada cuota será equivalente al 75% del Salario Mínimo Legal Vigente.

Por tanto, con independencia de que el Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas – DANE, dentro de sus funciones señale la tasa de desempleo anual o trimestralmente, el Gobierno Nacional precedido de una facultad Constitucional consagrada en el numeral 11 del artículo 189 y con fundamento en la Ley 789 de 2002 podía regular este aspecto de tipo técnico, en consonancia desde luego con postulados superiores que informan dicho servicio (artículos 67 y 209 de la Constitución Política).

Entonces, el Ejecutivo al señalar que se debe tomar la tasa nacional promedio certificada por el DANE no se extralimitó en su facultad reglamentaria, simplemente incluyó a través del Decreto acusado, la forma como debía tenerse en cuenta la mencionada tasa de desempleo, y puede decirse que la razón de establecer un promedio del periodo anual es debido al comportamiento de la mencionada tasa de desempleo que como se sabe no es estacionario, fluctúa en el tiempo mes a mes y depende de cada ciudad del país.

No se desbordaron los límites máximos establecidos en las normas legales sobre el Contrato de Aprendizaje (art. 30 Ley 789 de 2002), pues bien puede el Gobierno Nacional, como lo hizo con la expedición del Decreto acusado, indicar de qué forma se tomaría en cuenta la tasa de desempleo nacional, para que el monto del apoyo de sostenimiento del estudiante durante la fase práctica fuera del ciento por ciento (100%) de un salario mínimo legal vigente, en caso de que ésta sea inferior al 10%, y la inconformidad del actor con respecto a la regulación hecha por el Ejecutivo no genera per se la nulidad del Decreto, ni constituye exceso de la potestad reglamentaria.

Para la Sala el Decreto acusado se fundamentó en la Ley 789 de 2002, en la medida que reglamentó el artículo 30 de la misma, pues la norma dejaba un vacío que debía reglamentarse, teniendo en cuenta para ello la competencia que tiene el DANE, entidad encargada de certificar la mencionada tasa de desempleo y también lo dispuesto por el artículo 189 - numeral 11 - de la Constitución Política, norma que concede al Presidente de la República la facultad de reglamentar dichas materias.

Es importante anotar que el hecho de que antes del Decreto demandado, no existiera norma que estableciera como se debía calcular la tasa de desempleo Nacional, a efectos de pagar el porcentaje del monto de apoyo al sostenimiento durante la fase práctica del aprendiz, no puede constituirse, en manera alguna, en un derecho adquirido como lo expresa el actor, pues lo normal es que si el Ejecutivo consideró que debía ajustarse, dentro de la normatividad legal para garantizar los fines con que fue creado dicho apoyo, ello debe respetarse (artículo 209 C.P).

Igualmente, contrario a lo que considera el Ministerio Público al señalar que “la disposición que se reglamenta, no especifica cuál de las certificaciones que en

esa materia expida el DANE deba ser la que se tome en cuenta para el reconocimiento de la diferencia..." (f. 46), precisamente y dado ese vacío legislativo, lo que hizo el Decreto acusado es determinar claramente y teniendo en cuenta las fluctuaciones de la tasa de desempleo cómo debe aplicarse, en caso de que suceda, la diferencia entre el 75% y el 100% en la fase práctica del aprendiz, pues señala claramente que será "el promedio del periodo comprendido entre el 1° de enero y el 31 de diciembre del año inmediatamente anterior a más tardar en la segunda quincena del mes de enero de cada año". Es decir, el Ejecutivo señaló que debe promediarse la tasa de desempleo a nivel nacional con el fin de proteger el derecho a la igualdad de todos los aprendices vinculados al SENA.

En consecuencia, como quiera que el Gobierno Nacional no excedió su potestad reglamentaria, no es posible acceder a las pretensiones del demandante, luego no prospera el cargo formulado.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A:

DENIÉGANSE la pretensión de nulidad del Decreto N° 451 de 15 de febrero de 2008, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y ejecutoriada esta providencia archívese el expediente.

La anterior decisión fue discutida y aprobada en sesión de la fecha.

Cumplase.

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

ALFONSO VARGAS RINCÓN

GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN

GERARDO ARENAS MONSALVE

LUÍS RAFAEL VERGARA QUINTERO

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

