



Honorables Magistradas y Magistrados
CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA
Magistrada ponente: **DIANA CONSTANZA FAJARDO RIVERA**
Palacio de Justicia, Calle 12 N.º 7-65, Bogotá D.C.
secretaria3@corteconstitucional.gov.co
La Ciudad

Demandante: JUAN FELIPE PARRA ROSAS y otros
Referencia: Expediente **D-15123** Demanda de inconstitucionalidad en contra del art 6, literal a, Ley 2191 de 2022.
Asunto: Intervención ciudadana según Decreto 2067 de 1991 art. 7, inc. 2º.

Los suscritos ciudadanos **JORGE KENNETH BURBANO VILLAMARÍN**, director del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Bogotá; **ÓSCAR ANDRÉS LÓPEZ CORTÉS**, profesor titular de la Universidad Libre de Bogotá y miembro del Observatorio; presentamos la siguiente intervención ciudadana en defensa de la supremacía e integridad de la Constitución Política de Colombia de 1991. Actuamos de conformidad con lo establecido en el art. 242 numeral 1 de la CP, el art. 7 Decreto 2067 de 1991, el Auto del 7 de febrero de 2023 y la fijación en lista que hizo la Secretaría General de la Corte Constitucional.

I. Normas legales demandadas y argumentos de los demandantes

Los demandantes acusan de inconstitucionales estas norma:

“LEY 2191 de 2022
(enero 6)

Diario Oficial No. 51.909 de 6 de enero de 2022
PODER PÚBLICO - RAMA LEGISLATIVA

Por medio de la cual se regula la desconexión laboral - Ley de Desconexión Laboral. EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

ARTÍCULO 6o. EXCEPCIONES. No estarán sujetos lo dispuesto en esta ley:

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

Los accionantes consideran que la norma demandada viola el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas y el principio de igualdad por involucrar una distinción irrazonable en perjuicio de los servidores públicos de dirección, confianza y manejo (DCyM).

En cuanto al primer cargo lo fundamentan en la relación que existe entre el principio de dignidad humana en el trabajo y el derecho al descanso del cual deben gozar todos los trabajadores como parte del derecho al trabajo en condiciones dignas y justas. Consideran



que en tanto la norma demandada excluye a los servidores públicos de DCyM del derecho a la desconexión, someten a este grupo de trabajadores a una jornada indefinida o permanente, colocando así en riesgo su salud y su seguridad en el trabajo.

En cuanto al principio de igualdad, consideran que la norma introduce un trato diferencial injustificado en perjuicio de los empleados de DCyM, en tanto la distinción que hace es desproporcionada. Los accionantes plantean que la norma demandada parte de un supuesto de hecho según el cual se asume que los trabajadores de DCyM son necesarios para las organizaciones, supuesto que a juicio de los demandantes debió ser soportado con evidencia dentro de la exposición de motivos. No obstante, los demandantes reconocen en la misma argumentación que, como lo estableciera la Corte Constitucional desde la sentencia C-372 de 1998, los trabajadores de DCyM “revisten de una especial importancia en cualquier organización, resultando esenciales al cabal desarrollo de sus actividades, a la preservación de sus intereses fundamentales y a la realización concreta de sus fines”.

II. Consideraciones del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Universidad Libre

A. Problemas jurídicos

El problema jurídico se podría plantear en términos de si la excepción que crea la norma demandada se ajusta o no a la Constitución. Sin embargo, consideramos que la pregunta que debe hacerse en este momento la Corte es si es posible ponderar el derecho a la desconexión de los servidores públicos de DCyM con la libertad otorgada al empleador, público o privado, de excluir a este mismo grupo de trabajadores del derecho a la desconexión laboral; y en caso de ser posible tal ponderación, bajo qué criterios llevarla a cabo de manera que se garanticen los derechos laborales y al mismo tiempo el efecto útil de la norma que prevé la figura de exención de las reglas sobre jornada máxima legal para trabajadores de DCyM.

La tesis que sostendremos afirma la posibilidad tal ponderación, y que, para ello, la Corte puede dictar una sentencia de **EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA** bajo el entendido que la norma se ajusta a la Constitución en tanto la disponibilidad en línea del trabajador de DCyM no supere las 2 horas adicionales a la jornada ordinaria, pues de hacerlo, la entidad deberá reconocerle al servidor público el pago por las horas extras laboradas o de las que deba estar disponible. Pasaremos a desarrollar nuestro argumento.

B. Solución a los problemas jurídicos planteados

La Corte Constitucional ha reconocido que exceptuar a los trabajadores (DCyM) de la regulación en materia de jornada máxima, no significa que puedan estar sujetos a jornadas laborales indefinidas o permanentes. Es necesario tener en cuenta que esta regulación fue creada para permitirle al empleador exigir a los empleados que realizan labores de DCyM, por las exigencias propias de sus funciones, dedicar mayor cantidad de tiempo. Normalmente, esa cantidad de tiempo extra y el mayor nivel de exigencia, se traduce en salarios más elevados, compensando así el esfuerzo extra de tiempo y rendimiento exigido a estos



trabajadores. Y aunque tales horas no se le reconozcan como jornada extra -porque precisamente en eso consiste la excepción a la aplicación de la jornada máxima legal- sí suele implicar una compensación económica que normalmente se les reconoce directamente en un salario más alto. Incluso, es frecuente encontrar que las empresas pacten con los trabajadores de este rango un salario integral, a través del cual la ley permite incluir el pago por horas extras y el trabajo en días de descanso, entre otras prestaciones sociales. En el caso de los servidores públicos, los cargos de DCyM suelen estar ocupados por los altos perfiles de las entidades y generalmente se proveen mediante la figura de libre nombramiento y remoción, sin perjuicio de que algunos de estos cargos estén provistos por el sistema de carrera administrativa. En cualquiera de los dos casos, los salarios y demás remuneraciones del cargo están definidos en la ley o en la reglamentación correspondiente y no son objeto de negociación.

Es claro que la norma que exceptúa a los trabajadores de DCyM de la regla sobre jornada máxima legal, fue creada en una época en la que aún no se conocía el avance de las tecnologías digitales de la información y las comunicaciones (TDIC) que permiten el teletrabajo y el trabajo en casa, por lo que los trabajadores de DCyM realizaban sus labores, como los demás trabajadores, en las instalaciones de la misma empresa o entidad. La diferencia es que en este lugar los de DCyM pasaban una mayor cantidad de tiempo que el resto de la plantilla y ese tiempo no era remunerado como trabajo extra, aunque por supuesto no significaba que estuvieran allí 24 horas al día, 7 días de la semana. Por ende, la pregunta que debe hacerse en este momento la Corte es si el uso en el trabajo de las TDIC implica la generación de jornadas laborales indefinidas o permanentes para el caso de los trabajadores de DCyM.

En el caso de que el uso de las TDIC implique en la práctica real de las relaciones de trabajo la generación de jornadas laborales indefinidas o permanentes para el caso de los servidores de DCyM, el razonamiento de los demandantes sería correcto, y entonces debería declararse inexecutable la norma. Sin embargo, para poder responder a esa pregunta sería necesario corroborar empíricamente si el uso de tales tecnologías está provocando que los trabajadores de DCyM laboren jornadas indefinidas o permanentes. Pero llevar a cabo tal medición sería prácticamente imposible, y en el mejor de los casos, solamente se obtendría una media, un dato estadístico que en cualquier caso indicaría que a un porcentaje de trabajadores de DCyM, se les está poniendo en una situación de riesgo para su seguridad y salud en el trabajo, al estar expuestos a jornadas indefinidas o permanentes. Por esa vía argumentativa sería procedente declarar la inexecutable, pues la exigencia de un derecho fundamental, como el que limita la jornada laboral y permite el descanso, debe imponerse sin importar el porcentaje de la población al que se le esté vulnerando el derecho.

Pero al declarar bajo ese razonamiento la inexecutable de la norma, sin ninguna otra consideración, podría el juez constitucional generar un desequilibrio injustificado en las relaciones laborales. Es necesario hacer un ejercicio de ponderación adecuado, dado que, en el otro extremo de la balanza, se encuentra la necesidad del empresario de disponer de trabajadores de DCyM, pues, aunque las TDIC hayan cambiado en muchos sentidos la forma de trabajar, la necesidad empresarial de contar con este tipo de trabajadores no parece haber



desaparecido con el teletrabajo. Además, tampoco sería justo que una empresa o una entidad pública, por el hecho de deslocalizar sus actividades a través del teletrabajo, el trabajo remoto o el trabajo en casa (o cualquier otra modalidad semejante que se cree a futuro), no pueda disponer de trabajadores de DCyM, mientras que una organización que sigue realizando sus actividades de forma presencial sí puede contar con trabajadores de DCyM.

En este aspecto, no le asiste razón a los demandantes cuando afirman que en tanto la exposición de motivos de la ley objeto de estudio no proporciona “evidencia que indique la necesidad de los trabajadores de dirección, confianza y manejo para el buen funcionamiento de las organizaciones”, se puede concluir que no existe evidencia de que estos trabajadores sean indispensables para el desarrollo de la actividad empresarial. En primer lugar, se trata de una falacia argumentativa, puesto que de la ausencia de evidencia sobre la necesidad de estos trabajadores no se puede concluir que no exista evidencia de que ellos sean indispensables: una cosa es que un trabajador sea necesario, otra que sea indispensable

Además, no es necesario que la exposición de motivos de la ley deba brindar tal evidencia, en primer lugar, porque eso hace parte de las prácticas propias de la gestión del trabajo, no es necesario demostrarlo, es un hecho notorio, pues las organizaciones empresariales son por definición jerárquicas. Sería tanto como pensar que en las empresas no existen relaciones de subordinación o relaciones de poder. El lugar de trabajo es por definición un lugar de subordinación y por ende se ejercen relaciones de poder, y esas relaciones no las ejerce únicamente el dueño, la junta de accionistas, o quien ocupe el cargo de gerente, presidente(a) o CEO. Siempre es necesario un grupo intermedio entre la base y la cúpula, que ejerce ese poder y ejecuta las órdenes que vienen desde el nivel más alto de la organización. Lo contrario sería simplemente creer, de manera bastante ingenua, que realmente la estructura organizacional de las empresas o las entidades se ha librado de las jerarquías en aras del discurso neoliberal de la horizontalidad que pretende desconocer el conflicto capital trabajo, inherente al mundo laboral. Segundo, porque contratar trabajadores bajo la modalidad de DCyM hace parte, como bien lo reconocen los demandantes y así lo ha establecido la jurisprudencia, de la libertad de empresa. Cada organización determina autónomamente su diseño y por tanto si contempla o no cargos de DCyM. Motivos suficientes para concluir que no es necesario que en la exposición de motivos de un proyecto de ley se deba demostrar la necesidad de estos trabajadores.

Lo que sí es necesario, es encontrar una fórmula ponderada, una alternativa que proteja a los trabajadores de DCyM en materia de seguridad y salud en el trabajo, y que, a la vez, permita a la empresa privada y a la entidad pública disponer de un grupo de trabajadores necesarios para realizar su objeto social. Señalamos atrás que es prácticamente imposible, con la información actualmente disponible, corroborar empíricamente si el uso de las TDIC está provocando que los servidores públicos de DCyM estén laborando jornadas indefinidas o permanentes. Afirmar que así está sucediendo o que así sucederá si no se declara inexecutable la norma, sería una mera especulación. Pero lo que sí es posible medir, incluso con un alto grado de precisión, es cuántas horas al día pasa un trabajador frente al ordenador o a cualquier otro dispositivo digital realizando actividades laborales. Quizás entonces la respuesta se



encuentre en una combinación entre la analogía legal y la observación realista de las prácticas laborales que han generado las TDIC.

Consideramos que una solución producto de la ponderación entre el derecho a desconectarse y la necesidad empresarial de disponer de trabajadores de DCyM, sea reconocerle a esta clase de trabajadores el pago de las horas extras laboradas a través de las TDIC. Sin embargo, tal reconocimiento no puede ser igual al de los demás trabajadores, porque ello equivaldría en la práctica a declarar la inexecutable de la norma sin ninguna otra consideración, lo que nos llevaría, como ya señalamos, a un desequilibrio injustificado y a la negación de la libertad de empresa. Especialmente porque como se ha argumentado, sí existe una diferenciación justificada entre los servidores de DCyM y el resto de los trabajadores. Pero entonces ¿de qué manera reconocer un pago extra a los trabajadores de DCyM que garantice su derecho a la desconexión laboral sin sacrificar el efecto útil de la norma general que permite al empleador contar con la disponibilidad de este tipo de personal por fuera de la jornada ordinaria? O lo que es equivalente: ¿de qué manera permitir a las entidades públicas contar con la disponibilidad de empleados de DCyM más allá de la jornada ordinaria sin que ello signifique someterlos a jornadas indefinidas, permanentes o ininterrumpidas?

La solución reposa en una aplicación analógica de las leyes laborales en materia de jornada laboral. Como es bien sabido, las leyes laborales contemplan excepciones a la regla sobre jornada máxima legal permitida. Y no se trata solo de las excepciones contempladas en la demanda. En algunos casos esas excepciones plantean incluso el número de horas adicionales que una persona puede laborar en una misma jornada sin que se considere trabajo extra, procurando así responder a las necesidades del empleador y al mismo tiempo al deber de cuidado de la salud y la seguridad del trabajador. Así, algunas de esas excepciones contemplan que una persona puede laborar hasta dos horas adicionales en un mismo día sin que ello implique el pago de trabajo extra. Bajo ese criterio, podría entonces contemplarse una executable condicionada de la norma demandada, bajo el criterio según el cual, como ocurre en otros casos, si el servidor público de DCyM debe estar disponible o conectado más de dos horas adicionales dentro de una misma jornada laboral, la entidad deberá reconocer el pago de las horas extras que ha estado disponible después de la segunda hora de jornada adicional.

De esa manera, se garantiza el efecto útil de la norma que contempla la excepción a la regla de jornada máxima para los servidores públicos de DCyM, y al mismo tiempo, se garantiza que las entidades limiten los requerimientos de conexión a esos trabajadores por fuera de la jornada ordinaria. El darle una incidencia económica a la medida hace que los mecanismos de control del sector público, tanto internos como externos, se vinculen en el cumplimiento de la norma sobre desconexión laboral, activando así controles adicionales para garantizar los derechos de los trabajadores sin impedir el cumplimiento de los objetivos misionales y de los fines organizacionales.



III. Petición

Solicitamos a la Corte Constitucional que declare la **EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA** bajo el entendido que la norma se ajusta a la constitución en tanto la disponibilidad en línea del trabajador de DCyM no supere las 2 horas adicionales a la jornada ordinaria, pues de hacerlo, la entidad deberá reconocerle al servidor público el pago por las horas extras laboradas o de las que deba estar disponible.

De los señores Magistrados, atentamente,

KENNETH BURBANO VILLAMARIN

Director Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional

Facultad de Derecho de la Universidad Libre

jkbv@hotmail.com - jorgek.burbanov@unilibre.edu.co - observacionciudadanoderecho@unilibre.edu.co

C.C. 79.356.668 - Calle 8 No. 5-80, segundo Piso, Bogotá D.C. - Cel. 3153465150

OSCAR ANDRÉS LÓPEZ CORTÉS Ph.D. en Antropología

Miembro del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional

Docente investigador de la Facultad de Derecho Universidad Libre, Bogotá

C.C. 79.884.981 - Correo: oscara.lopezc@unilibre.edu.co