



Universidad Libre Facultad de Derecho Bogotá.

Honorables magistrados

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

Magistrado sustanciador: **José Fernando Reyes Cuartas**

E.S.D.

Referencia: **Expediente número RE-252**

Revisión del Decreto 488 de 2020

Jorge Kenneth Burbano Villamarín actuando como ciudadano y **Director del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Bogotá; Oscar Andrés López Cortés** profesor de la Universidad Libre, **miembro del observatorio**, respetuosamente presentamos ante la Honorable Corte Constitucional la siguiente intervención con ocasión del control automático de constitucionalidad *del Decreto Legislativo 488 del 27 de marzo del 2020 Por el cual se disponen medidas con el fin de atender la situación de emergencia económica, social y ecológica de la que trata el Decreto 417 de 2020.*

A. NORMA OBJETO DE CONTROL AUTOMÁTICO DE CONSTITUCIONALIDAD

La norma que será controlada es el *Decreto Legislativo 488 del 27 de marzo de 2020* por el cual se dictan medidas de orden laboral, dentro del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica.

B. CONSIDERACIONES DEL OBSERVATORIO DE INTERVENCIÓN CIUDADANA CONSTITUCIONAL

Consideramos necesario que se declaren inexecutable los artículos 3º y 4º del Decreto en cuestión, los cuales nos permitimos transcribir a continuación, en su parte pertinente:

Artículo 3. Retiro de Cesantías. Hasta tanto permanezcan los hechos que dieron lugar a la Emergencia Económica, Social y Ecológica, el trabajador que haya presentado una disminución de su ingreso mensual, certificada por su empleador,

podrá retirar cada mes de su cuenta de cesantías el monto que le permita compensar dicha reducción, con el fin de mantener su ingreso constante. Esta disposición aplica únicamente para retiros de los fondos administrados por Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones y de Cesantías de carácter privado.

Artículo 4. Aviso sobre el disfrute de vacaciones Hasta tanto permanezcan los hechos que dieron lugar a la Económica, Social y Ecológica, el empleador dará a conocer trabajador, con al menos un (1) día de anticipación, la fecha a partir de la cual concederá las vacaciones anticipadas, colectivas o acumuladas. De igual manera el trabajador podrá solicitar en mismo plazo que se le conceda el disfrute de las vacaciones.

Las razones por las cuales consideramos necesaria la declaratoria de inconstitucionalidad, se estructuran en los siguientes aspectos:

1. LA PROHIBICIÓN DE DESMEJORAR LOS DERECHOS LABORALES EN ESTADOS DE EXCEPCIÓN CONTEMPLADA EN EL ARTÍCULO 215 CONSTITUCIONAL

El primero motivo de inconformidad contra los artículos 3 y 4 del Decreto 488, radica en que la Constitución Política prohíbe al legislador de excepción modificar las normas laborales que consagran derechos fundamentales.

Mediante la norma expedida, se modifica la regulación relacionada con el reconocimiento de las vacaciones legales a las que tienen derecho los trabajadores colombianos. Al conceder al empleador la potestad unilateral e intempestiva de otorgar vacaciones, se modifican las normas laborales en perjuicio del trabajador. Es necesario recordar que las vacaciones se encuentran previstas con el fin de garantizar el derecho al descanso remunerado de la persona que permita la recuperación de la salud física y emocional perdida en el trabajo. Las vacaciones hacen parte del núcleo esencial del derecho al trabajo en condiciones dignas y justas, luego modificar su regulación implica afectar un derecho fundamental ontológicamente cualificado.

También se modifican las normas laborales relacionadas con una prestación legal como es el derecho a la cesantías. Las cesantías tiene una finalidad específica reglada de manera estricta en la ley con el fin de garantizar derechos fundamentales como la educación, la vivienda, o incluso, la manutención básica durante el desempleo. Modificar su destinación con base en un decreto de excepción excede las competencias otorgadas al ejecutivo y viola el artículo 215 de la Constitución.

2. TEST DE RAZONABILIDAD

Las medidas previstas en el Decreto 488 de 2020 no soportaría un test de proporcionalidad, pues no es claro de qué manera sacrificar el ahorro de los trabajadores evitará la finalidad supuesta en el decreto en cuestión, cual es la de proteger el empleo. Por el contrario, la evidencia empírica muestra que las medidas de contracción de los ingresos laborales impuestas por las reformas legales durante los últimos 30 años en Colombia, no ha mejorado las condiciones de trabajo, por el contrario, el incremento de la informalidad, el aumento de la tercerización laboral y la reducción de la capacidad adquisitiva de los salarios así como el aumento del coeficiente de Gini, guardan estrecha relación con la disminución de las garantías laborales impuestas en reformas como la prevista en la Ley 50 de 1990 y en la ley 789 de 2002.

Los estudios recopilados evidencian la manera como las reformas legales que reducen los derechos laborales con el fin de generar empleo han fracasado:

“Ya han pasado quince años de la reforma promovida en la ley 789; se han escrito numerosos documentos a propósito de ella (CID, 2007; Guataquí, 2009; Guataqui y García, 2009; Núñez, 2005; Gaviria, 2004; Montes y Sánchez, 2010; Universidad Externado de Colombia, 2004) y es posible dimensionar los impactos que produjo, los cuales ya se conocían desde los primeros años de vigencia de la ley como lo muestran las conclusiones generales a las que llegaba un estudio de la Universidad de los Andes apenas un año después de la aprobación de la reforma:

Los resultados no sugieren un efecto sustancial de la reforma sobre la generación de empleo. Los resultados tampoco sugieren un efecto de la reforma sobre la formalización del empleo. Los programas de apoyo al desempleo y de estímulo a la generación de empleo no han funcionado como se previó inicialmente. (Gaviria, 2004) Otro estudio, en este caso adelantado por la Universidad Nacional, señalaba lo siguiente: La Ley 789 de 2002 no es ajena a la concepción y a las medidas correspondientes al ajuste del país a la economía abierta. Además de las concepciones de orden macroeconómico que le son concomitantes, la visión sobre el mercado de trabajo conduce hacia la baja los ingresos de los trabajadores.

(...) En consecuencia, las medidas de la reforma se caracterizan por ir en contravía de la equidad distributiva y por preservar los mandatos de los organismos multilaterales sobre el Estado mínimo y el ajuste fiscal, todo ello debido al sesgo principal de la reforma, de financiarla con los recursos del trabajo.(Centro de Investigaciones para el Desarrollo, 2003)”¹

¹ López, Oscar. Reformas al marco jurídico del trabajo en Colombia. 1990-2016. En: Trabajo, derecho y subjetividad. Universidad Libre. Bogotá, 2018

Nada indica de forma razonable que reducir los derechos laborales por la crisis sanitaria generará más empleo. La motivación del decreto no se corresponde con la evidencia empírica. Por el contrario de lo que supuestamente busca el Decreto 488, será la clase trabajadora colombiana la que terminará costeando las pérdidas económicas de la crisis provocada por la pandemia. En un país que antes de la emergencia ya soportaba índices de desempleo superiores a los dos dígitos, con tasas de informalidad que exceden el 40%, imponer a los trabajadores gastar sus ahorros para sobrevivir y sacrificar su derecho al descanso, aumenta la inequidad en las relaciones laborales.

Al respecto, es preciso recordar lo que la misma Corte Constitucional a previsto al respecto:

“Se pregunta entonces la Corte, si en estos supuestos se ajusta a la Carta que el pago del salario sea suspendido, o que el trabajador pueda ser obligado a reponer el tiempo dejado de trabajar. Y para responder a esta pregunta, encuentra que, prima facie, cuando la causa de la interrupción en la prestación del servicio no obedece a la voluntad de ninguna de las partes, el principio de equidad en las relaciones laborales indicaría que el trabajador mantuviera el derecho a seguir percibiendo el salario, y que la carga económica de la suspensión del trabajo fuera asumida por el empleador.”²

3. AFECTACIÓN DEL DERECHO A LAS CESANTÍAS.

Esta prestación social fue prevista por el legislador como un seguro en caso de desempleo en beneficio del trabajador si este llegase a perder su fuente de ingreso. Como un ahorro, solo se puede disponer de las cesantías durante la vigencia de la relación laboral con el fin de invertir en la satisfacción de vivienda o educación para él y su núcleo familiar. Como puede advertirse, se trata de una prestación legal que tiene por finalidad satisfacer derechos fundamentales, por lo cual no se pueden modificar las reglas previstas para su reconocimiento y pago mediante un decreto de estado de excepción.

La norma prevista en el Decreto 488 que modifica las condiciones de pago de las cesantías durante la vigencia de la relación laboral, ponen en grave riesgo las condiciones mínimas de seguridad con las cuales debe contar el trabajador y su familia en caso de que él llegue a perder su empleo. Además, afecta notoriamente la equidad, al asignar a la clase trabajadora la carga económica más pesada producto de esta crisis, pues serán ellos quienes con sus ahorros deban sufragar las pérdidas. Adicionalmente, el ahorro que los trabajadores pudieron construir con años de trabajo, el cual debía ser invertido en dos

² Corte Constitucional, Sentencia C-930 de 2009

sectores claves de la economía y del crecimiento sostenible de la sociedad: educación y construcción, se perderá durante la crisis, lo que a mediano y largo plazo terminará afectando a las instituciones de educación y a uno de los principales generadores de empleo, como es la construcción.

4. AFECTACIÓN DEL DERECHO AL DESCANSO

Con la medida prevista por el ejecutivo a través del Decreto 488 se afecta un derecho fundamental previsto en disposiciones constitucionales, legales e internacionales que garantizan los derechos humanos en el trabajo, y por consiguiente, la dignidad y justicia que debe caracterizar a esta actividad humana. El artículo 3 del Decreto 488, en tanto permite al empleador enviar a vacaciones anticipadas al trabajador en medio de una situación de cuarentena obligatoria, afecta su derecho al descanso, en tanto esta garantía no se satisface con la simple parálisis de la labor, pues descanso no es igual a inactividad ni mucho menos a confinamiento. Se trata del uso productivo del tiempo libre, productivo en un sentido no económico. No es gratuito que las normas internacionales consagren el derecho al descanso de la forma que lo han hecho.

El primer ejemplo lo encontramos en la Declaración Universal de los DDHH, que en su artículo 24 establece: “Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas.”

El siguiente ejemplo se observa en el artículo sexto del PIDESC, según el cual: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial:

(...) d) El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos.”

Por último podemos tener en cuenta el artículo 10 del Convenio 132 de la OIT: “Al fijar la época en que se tomarán las vacaciones, se tendrán en cuenta las exigencias del trabajo y las oportunidades de descanso y distracción de que pueda disponer la persona empleada.”

Como se puede advertir de las normas transcritas, el derecho al descanso está previsto como una garantía asociada a la libertad de la cual debe gozar el trabajador para realizar aquellas actividades que le permitan recuperar la energía vital requerida para realizar su

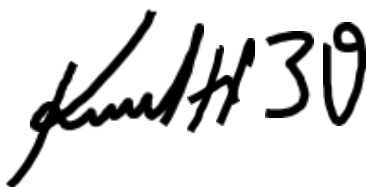
trabajo de forma saludable y segura. Al trabajador durante las vacaciones le está prohibido trabajar, lo que no quiere decir, que le esté prohibido salir de su casa, dedicarse a actividades lúdicas al aire libre, viajar, hacer deporte, visitar familiares, socializar, en fin, realizar todo aquello que le permiten ocupar el cuerpo y la mente en actividades no productivas en el sentido económico, pero indispensables en cuanto a la salud del trabajador se refiere.

Durante las vacaciones el trabajador tiene el derecho de descansar, lo que por efectos de la pandemia no se está garantizando. Una vez regresen las condiciones “normales” de movilidad y productividad, las personas que han sido obligadas por efectos de esta reglamentación a estar encerradas en sus casas durante sus vacaciones, no habrán podido ejercitar su derecho a utilizar el tiempo libre en actividades necesarias para recuperar la energía y salud física y mental que demanda el agotamiento producido luego de largos periodos de labores. Por lo tanto, la norma en cuestión afecta el derecho fundamental al descanso de los trabajadores, el cual hace parte del núcleo esencial del derecho al trabajo en condiciones dignas y justas, lo que exige un pronunciamiento de inexecutable.

C. PETICIÓN

En conclusión, solicitamos a la H Corte Constitucional que declare **INEXEQUIBLE** los artículos 3 y 4 del Decreto 488 de 2020.

De los señores Magistrados, atentamente,



Jorge Kenneth Burbano Villamarín
Director Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional
Facultad de Derecho Universidad Libre, Bogotá.
Calle 8 5-80, Segundo Piso. Cel. 3153465150.
Correo: jkbv@hotmail.com



Oscar Andrés López Cortés Ph.D. en Antropología
Miembro del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional
Centro de Investigaciones Socio Jurídicas Facultad de Derecho Universidad Libre