



Universidad Libre Facultad de Derecho Bogotá.

Honorables magistrados

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

Magistrado sustanciador: **Luis Guillermo Guerrero Pérez**

secretaria3@corteconstitucional.gov.co

Referencia: **Expediente número RE-242**

Revisión del Decreto 464 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 464 del 23 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 464 *del 23 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.*

B. CONSIDERACIONES DEL OBSERVATORIO DE INTERVENCIÓN CIUDADANA CONSTITUCIONAL

Consideramos que el único aspecto que merece la declaratoria de inexecutable del Decreto 464 de 2020 es el contenido en el artículo 1º, el cual nos permitimos transcribir:

“Artículo 1. Declaratoria de servicios públicos esenciales. Los servicios de telecomunicaciones incluidos los servicios de radiodifusión sonora, los de televisión y los servicios postales, son servicios públicos esenciales. Por tanto, no se suspenderá su prestación durante el estado de emergencia. Los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones y postales no podrán suspender las labores de instalación, mantenimiento y adecuación de las redes requeridas para la operación del servicio.”

En criterio del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional el Ejecutivo puede desarrollar todas las medidas especiales planteadas en los artículos 2º y siguientes del Decreto 464 sin necesidad de declarar los servicios de telecomunicaciones y postales como servicios esenciales, y por esa vía, restringir derechos constituciones como la huelga. A continuación exponaremos los argumentos que sostienen nuestra intervención.

1. LOS DERECHOS HUMANOS NO SE PUEDEN SER LIMITADOS NI SIQUIERA EN ESTADOS DE EXCEPCIÓN

El primer motivo de inconformidad con el Decreto 464 de 2020 es la manera como a través de esta norma se limita el derecho de huelga consagrado en el artículo 56 de la Constitución Política y en diversos tratados internacionales. Si bien no existe ningún convenio de la OIT que garantice el derecho de huelga, son abundantes las decisiones recopiladas y publicadas por esa organización en el texto *La Libertad Sindical*¹. Entre los aspectos destacados por la OIT cabe señalar que como medio de defensa de los intereses económicos de los trabajadores y sus organizaciones, la huelga es un derecho fundamental indisociable del derecho de sindicación previsto en el Convenio N° 87 de la OIT. Por ende, la legislación que lo regula debe ser razonable, de manera tal que no entorpezca su ejercicio.

De acuerdo a los criterios de la OIT las únicas restricciones razonables al derecho de huelga se presentan en los siguientes casos:

- a. En los servicios esenciales en sentido estricto del término
- b. A los funcionarios públicos que ejercen autoridad en nombre del Estado (Decisión 541)
- c. En situaciones de crisis nacional aguda (Decisión 570)

En los casos previstos en los literales a y c, la OIT ha contemplado la posibilidad de establecer un servicio mínimo (Decisión 606), aspecto relevante en este proceso dada la situación de excepción que atravesamos como consecuencia de la crisis sanitaria y su relación con los servicios postales y de telecomunicaciones, lo que se mirará en detalle en el segundo apartado de esta intervención cuando se establezca si tales servicios son esenciales en sentido estricto del término o no.

¹ LA LIBERTAD SINDICAL *Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT* Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, quinta edición (revisada), 2006. En lo sucesivo, nos referiremos a las decisiones publicadas en este texto por el número con el cual allí se encuentran referenciadas.

El servicio mínimo es definido por la OIT como una solución sustitutiva para no prohibir totalmente la huelga o generar una limitación importante a su ejercicio, y al mismo tiempo garantizar “la satisfacción de las necesidades básicas de los usuarios o el funcionamiento continuo y en condiciones de seguridad de las instalaciones.” (Decisión 607)

Sin embargo, no en todos los casos se puede establecer la obligación para los trabajadores de garantizar el servicio mínimo, pues tal medida afectaría de manera irrazonable el derecho de huelga. Para el Comité de Libertad Sindical de la OIT el servicio mínimo en caso de huelga solo debería ser posible en :

“1) aquellos servicios cuya interrupción pueda poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población (servicios esenciales en el sentido estricto del término); 2) en aquellos servicios no esenciales en el sentido estricto en los que huelgas de una cierta extensión y duración podrían provocar una situación de crisis nacional aguda tal que las condiciones normales de existencia de la población podrían estar en peligro, y 3) en servicios públicos de importancia trascendentales.” (Decisión 606)

Los servicios postales y de telecomunicaciones pueden ser considerados dentro de la última categoría: servicios públicos de importancia trascendental, máxime si se tiene en cuenta la situación especial por la que atraviesa el mundo. Por ende se debería garantizar el derecho de huelga en esos sectores con la posibilidad de exigir la prestación de un servicio mínimo.

Esta tesis se corresponde con la doctrina que la Corte ha desarrollado previamente en la Sentencia C-691 de 2008:

“A manera de ejemplo, el CLS ha avalado la exigencia de la prestación de un servicio mínimo en las siguientes actividades, a pesar de que no las considera como servicios públicos esenciales: (...) el transporte: ferroviario (párrafo 619 y 620) de personas y mercancías (párrafo 621); los servicios de correo (párrafo 622);” (Resaltado fuera del texto original)

Los servicios de correo, así como el transporte de mercancías, hacen parte de los servicios postales, por lo que caben dentro de la aplicación de la teoría del servicio mínimo. Este criterio internacional acogido por la Corte Constitucional se corresponde con el derecho de huelga consagrado en la Constitución Política, pero además, con la previsión que nuestro ordenamiento tomó en el artículo 93 superior al establecer que “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos

humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.”

Dentro de esta clasificación caben integralmente los derechos laborales en tanto parte del catálogo de derechos sociales. Al respecto, la Corte Constitucional ha considerado que la Carta Política *“prohíbe desmejorar los derechos sociales de los trabajadores mediante decretos legislativos expedidos en virtud del estado de emergencia económica, social o ecológica.”* (Sentencia C-226 de 2011) Esta prohibición recae también sobre el derecho de huelga como componente esencial del derecho del trabajo.

2. EL SERVICIO PÚBLICO ESENCIAL EN LA MONTIVACIÓN DEL DECRETO 464 De 2020

Además de las generalidades sobre el derecho de huelga y el concepto de servicio mínimo, es necesario profundizar en el concepto de servicio público esencial y de servicio esencial en sentido estricto del término, en tanto el Decreto bajo estudio está dirigido a definir como servicio público esencial los servicios postales y de telecomunicaciones. Al respecto consideramos que los argumentos en la motivación del Decreto 464 no se corresponden con la jurisprudencia constitucional.

En la parte motiva del Decreto se cita la Sentencia C-691 de 2008 de forma parcial e imprecisa. Se invoca como un argumento del Decreto, que en aquel pronunciamiento la Corte estableció como criterio para determinar el carácter esencial de un servicio público el hecho de que *“las actividades que lo conforman contribuyen de modo directo y concreto a la protección de bienes o a la satisfacción de intereses o a la realización de valores, ligados con el respeto, vigencia, ejercicio y efectividad de los derechos y libertades fundamentales”* (Decreto 464, hoja N°2, *énfasis original*)

Se trata de un argumento que acude a una doctrina anterior a la establecida en la Sentencia C-691 de 2008 y que fue revisada por la Corte Constitucional en ese mismo pronunciamiento, pero además, se trata de una cita de la Corte Constitucional que tergiversa el sentido del fallo citado. Veamos el texto completo de la Corte que demuestra este punto:

*“Ahora bien, como se observó en el recuento realizado acerca de la jurisprudencia sobre esta materia, la Corte ha indicado que para determinar si una actividad constituye un servicio público esencial es preciso establecer si ella contribuye directa y concretamente a la *“protección de bienes o a la satisfacción de intereses o a la realización de valores, ligados con el respeto, vigencia, ejercicio y efectividad de los derechos y libertades fundamentales.”* Este criterio resulta demasiado amplio, pues innumerables actividades de la vida social y económica están*

relacionadas con los derechos y libertades fundamentales. Una aplicación estricta de este criterio podría desnaturalizar la garantía del derecho de huelga contenida en el artículo 56 de la Constitución, pues extendería de manera inadmisibile el ámbito de restricción del derecho de huelga.” (Sentencia C-691 de 2008, énfasis añadido)

El criterio citado por el Decreto es, como la misma Corte lo ha señalado, demasiado amplio. Es cierto que los servicios postales y de telecomunicaciones se encuentran relacionadas con los derechos y libertades fundamentales, pero eso no es suficiente para declararlos como servicios públicos esenciales. Es importante recordar de manera completa los criterios jurisprudencialmente establecidos para determinar el carácter esencial de un servicio público.

La Corte Constitucional ha señalado en diversos pronunciamientos, que para restringir el derecho de huelga es necesario que la actividad afectada por el ejercicio de tal derecho sea, en primer lugar, materialmente un servicio público esencial, determinación que le corresponde al máximo Tribunal Constitucional, y en segundo lugar, que haya sido calificada como tal por el Legislador. Si bien en la Sentencia C-450 de 1995 la Corte consideró que el servicio de telecomunicaciones podía ser considerado de carácter esencial, aclaró:

“A juicio de la Corte no resultan irrazonables ni desproporcionadas las normas jurídicas mencionadas, en punto a considerar que, bajo el presente examen, en principio, dichas actividades constituyen servicios públicos esenciales. Sin embargo ello no obsta, para que el Legislador en ejercicio de las facultades que le confiere el art. 56 de la Constitución y con base en la experiencia y la realidad nacionales pueda hacer una redefinición total o parcial de dichas actividades como servicios públicos esenciales.”

En el caso de los servicios públicos de telecomunicaciones y postales, como el mismo Decreto 464 de 2020 lo advierte, el legislador aprobó diversas leyes, como la Ley 1341 de 2009 y 1369 de 2009 (posteriores a la Sentencia C-450 de 1995) en ninguna de las cuales calificó como esenciales los servicios postales y de telecomunicaciones, luego no se cumple el segundo criterio. Es de aclarar que la sentencia C-450 de 1995 no constituye cosa juzgada constitucional en tanto se dio el cambio normativo con posterioridad a dicha sentencia.

Quedaría por determinar si tales servicios públicos son, materialmente, esenciales. Para poder despejar este interrogante es preciso reconstruir fielmente la doctrina respecto al

concepto de servicio público esencial así como el concepto de la OIT de servicio esencial en sentido estricto del término.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional² ha desarrollado los criterios *orgánico* y *material* para determinar cuáles son los servicios públicos esenciales. En una primera fase (criterio orgánico) la Corte estableció que en tanto era al Legislador a quien le correspondía determinar si un servicio público era o no esencial, bastaba entonces con la consagración legal al respecto. Posteriormente, y en lo que se advierte como el criterio material, la Corte señaló que para declarar un servicio como esencial no basta con la decisión del Legislador, sino que debe ser materialmente un servicio esencial, lo cual se determina en cada caso concreto. En desarrollo de este criterio, la Corte llegó a establecer que el carácter de esencial del servicio no se establece por su naturaleza intrínseca ni por la actividad industrial, económica o prestacional que representa para el país, ni mucho menos por su invocación como de utilidad pública, sino por el hecho de que mediante tal actividad se garantizan derechos y libertades fundamentales. Sin embargo, y como la misma Corte Constitucional lo reconociera en la Sentencia C-691 de 2008 (citada de forma incompleta y sesgada en Decreto bajo estudio), tal definición resultaba muy amplia y desnaturalizaba el derecho a la huelga. A dicha conclusión llegó luego de analizar los principios y reglas del Comité de Libertad Sindical de la OIT.

A partir de la Sentencia C-691 de 2008, la Corte Constitucional ha desarrollado una doctrina en relación con el concepto de servicio público esencial, que lo aproxima al de servicio esencial en sentido estricto del término. Luego de un estudio detallado de los conceptos del Comité de Libertad Sindical y de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, la Corte Constitucional reconoce que tratándose de las restricciones legítimas al derecho de huelga, ambos organismos de OIT coinciden en que una de las excepciones a la garantía de ese derecho se da en el caso de la prestación de servicios esenciales en el sentido estricto del término, entendidos como aquellos *“cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población”*. (Citado en la sentencia C-691 de 2008, cursiva original)

Así, solo en los servicios esenciales en sentido estricto del término y en casos de crisis nacional aguda, como se mencionó en el primer apartado de esta intervención, puede ser impuesto el servicio mínimo. Es necesario precisar entonces si los servicios de telecomunicaciones y postales pueden considerarse un servicio esencial en sentido estricto, para lo cual, como lo ha manifestado la Corte siguiendo los criterios de los organismos de la OIT, es necesario “analizar las condiciones específicas de cada país a la

² Corte Constitucional, Sentencia C- 450 de 1995, Sentencia C-691 de 2008, Sentencia C-796 de 2014. Véase también sentencias C-349 de 2009, T-171 de 2011, T-082 de 2012 y C-122 de 2012.

hora de determinar si una actividad en particular es o no un servicio público esencial.” (Sentencia C-691 de 2008)

3. EL CASO CONCRETO DE LOS SERVICIOS POSTALES Y DE TELECOMUNICACIONES

Al respecto debe considerarse que, si bien un eventual cese de actividades de los trabajadores de los servicios postales y de telecomunicaciones puede afectar el derecho de los usuarios a gozar de este servicio público, no se pueden perder de vista las condiciones concretas del contexto en el cual se prestan estos servicios actualmente.

El aspecto de mayor relevancia en este punto tiene que ver con las condiciones de mercado de estos servicios. Al respecto, con información empírica suficiente, se puede afirmar que en Colombia existe un mercado plural y abierto que garantiza la desconcentración, o lo que es igual, la inexistencia de monopolios en el sector de las telecomunicaciones y servicios postales.

Para entender las cifras al respecto es necesario primero recordar las definiciones legales de los servicios bajo análisis. De acuerdo con la Ley 1369 de 2009 los servicios postales son definidos y clasificados bajo tres modalidades:

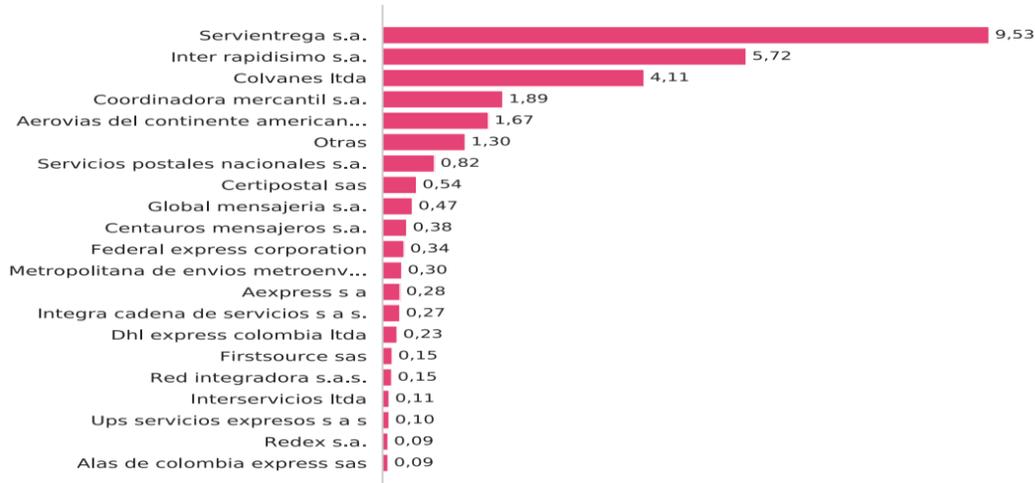
Servicio de correo: corresponde a los servicios postales prestados por el operador postal oficial o concesionario de correo a través del cual se envían, movilizan y entregan cartas, paquetes, publicidad directa, publicaciones periódicas, catálogos y libros, entre otros objetos postales.

Servicios postales de pago: constituidos por los servicios de pago prestados mediante el aprovechamiento de la infraestructura postal exclusivamente. Entre estos se cuentan los giros nacionales: servicio mediante el cual se ordenan pagos a personas naturales o jurídicas por cuenta de otras, en el territorio nacional, a través de una red postal, bien sea prestado de manera física o electrónica. Los giros internacionales, que corresponde al servicio prestado exclusivamente por el operador postal oficial o concesionario de correo, mediante el cual se envía dinero a personas naturales o jurídicas por cuenta de otras, en el exterior, el cual puede ser prestado de manera física o electrónica.

Servicio de Mensajería expresa: servicio postal urgente que exige la aplicación y adopción de características especiales para la recepción, recolección, clasificación, transporte y entrega de objetos postales hasta de 5 kilogramos.”

De acuerdo con los datos del Ministerio de las Telecomunicaciones, durante el cuarto trimestre de 2019 la participación de las empresas en el servicio de mensajería es el siguiente:

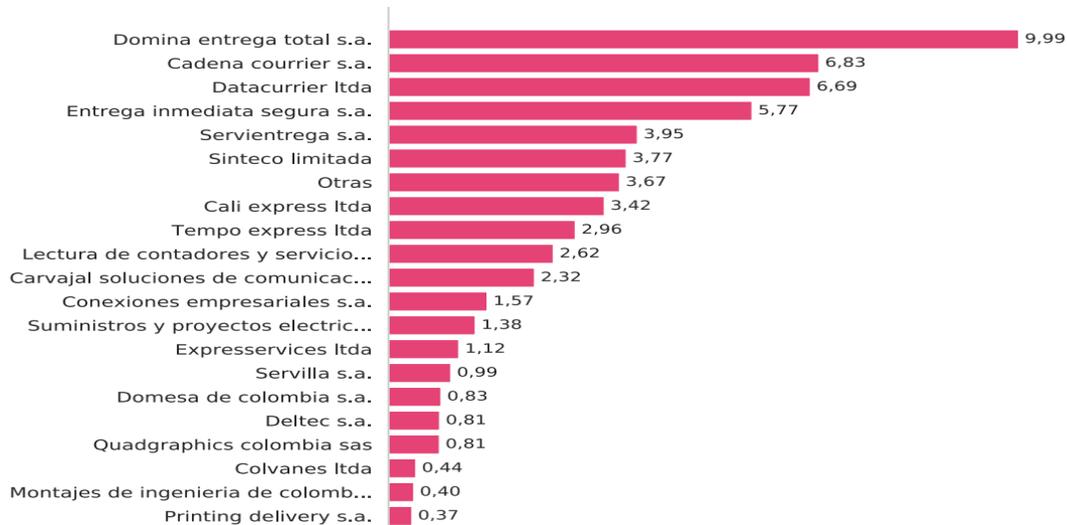
Gráfico 1 Principales empresas de mensajería según número de envíos individuales en el trimestre (millones)



Fuente: Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Boletín Trimestral del Sector Postal. 4To Trimestre Año 2019. Página 62. Disponible en: https://colombiatic.mintic.gov.co/679/articles-126221_archivo_pdf.pdf

Y en el caso de mensajería según número de envíos masivos, donde por ejemplo se transportan insumos médicos, mascarillas, entre otros, los datos también revelan las condiciones de un mercado aun más abierto:

Gráfico 2 Principales empresas de mensajería según número de envíos masivos en el trimestre (millones)

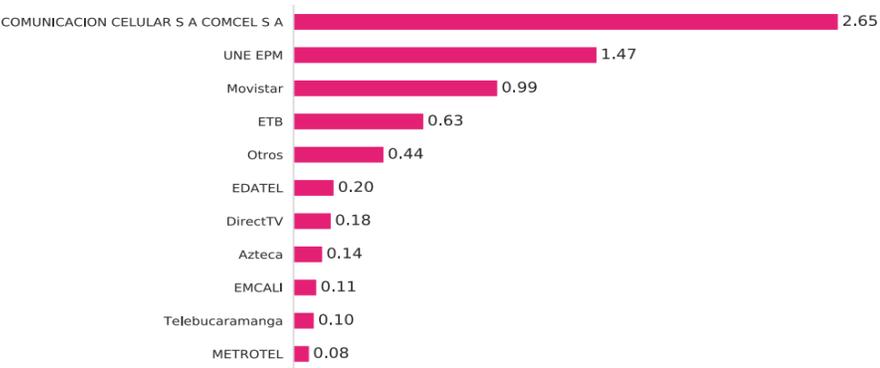


Fuente: Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Boletín Trimestral del Sector Postal. 4To Trimestre Año 2019. Página 63. Disponible en: https://colombiatic.mintic.gov.co/679/articles-126221_archivo_pdf.pdf

Como se puede advertir en el país operan los servicios postales de mensajería más de 30 empresas y ninguna tiene una proporción dentro del mercado superior al 50%, lo que revela que existe un mercado abierto y sano, no un monopolio, por lo que la huelga dentro de una estas empresas o incluso en un número plural, difícilmente pone en riesgo la prestación del servicio de mensajería.

El otro servicio bajo análisis es el de telecomunicaciones. En esta materia se puede diferenciar entre telefonía, acceso a internet servicios fijos y móviles. En materia de acceso a servicios de internet fijos la situación es similar a la de los servicios postales.

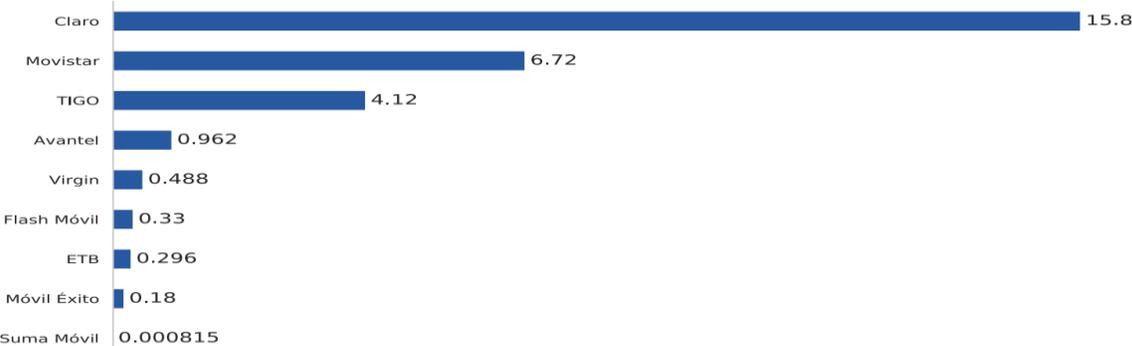
Gráfico 3 Proveedores según número de accesos fijos a internet (millones)



Fuente: Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Boletín Trimestral de las TIC. Cifras Tercer Trimestre de 2019. Página 11

Como se puede ver en el gráfico, si bien existe una amplia presencia en el mercado de una sola empresa, el servicio de internet fijo es ofertado por más de diez proveedores, evidenciando que tampoco en este servicio de telecomunicaciones existe monopolio. La tendencia de mercado abierto y con cerca de 10 oferentes se mantiene en el caso de acceso a internet móvil:

Gráfico 4 Número de accesos a internet móvil por proveedor (millones)



Fuente: Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Boletín Trimestral de las TIC. Cifras Tercer Trimestre de 2019. Página 22

4. PETICIÓN

En conclusión, solicitamos a la H Corte Constitucional que declare inexecutable el artículo 1º del Decreto 464 de 2020, en atención a que en los servicios postales y de telecomunicaciones en Colombia no es constitucional restringir el derecho de huelga, mucho menos a través de una legislación extraordinaria producida en estado de excepción en contravención del artículo 93 Superior. Pero además, porque tras el análisis material de las condiciones concretas en las que se presta los servicios, se puede identificar que no se trata de servicios esenciales en sentido estricto del término, ni de servicios públicos esenciales sin cuya prestación se pone en peligro *la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población*. Análisis material que en definitiva le corresponde hacer al máximo tribunal constitucional, el cual deberá estar inspirado en el principio de interpretación a favor de los derechos laborales, en este caso, del derecho colectivo de huelga.

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
Facultad de Derecho Universidad Libre, Bogotá.
Calle 8 5-80, Centro de Investigaciones Socio Jurídicas
oscara.lopezc@unilibre.edu.co