



Universidad Libre Facultad de Derecho Bogotá.

Honorables magistrados

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

Magistrado sustanciador: **Luis Guillermo Guerrero Pérez**

E.S.D.

Referencia: **Expediente número RE-253**

Decreto 491 de 28 de marzo 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 de Intervención Ciudadana Constitucional**, respetuosamente presentamos ante la Honorable Corte Constitucional la siguiente intervención con ocasión del control automático de constitucionalidad *del Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo del 2020*.

A. NORMA OBJETO DE CONTROL AUTOMÁTICO DE CONSTITUCIONALIDAD

La norma que será controlada es el *Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo del 2020 Por el cual se adoptan medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades públicas y los particulares que cumplan funciones públicas y se toman medidas para la protección laboral y de los contratistas de prestación de servicios de las entidades públicas, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*.

B. CONSIDERACIONES DEL OBSERVATORIO DE INTERVENCIÓN CIUDADANA CONSTITUCIONAL

Consideramos que es necesario que se declare inexecutable el párrafo del artículo 3º del Decreto 491 de 2020, cuyo texto nos permitimos transcribir:

“Párrafo. En ningún caso, los servidores públicos y contratistas del Estado que adelanten actividades que sean estrictamente necesarias para prevenir, mitigar y atender la emergencia sanitaria por causa del Coronavirus COVID-19, y garantizar el funcionamiento de los servicios indispensables del Estado podrán suspender la prestación de los servicios de forma presencial. Las autoridades deberán suministrar las condiciones de salubridad necesarias para la prestación del servicio presencial.”

En criterio del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional el Ejecutivo puede desarrollar todas las medidas especiales planteadas en el Decreto 491 sin necesidad de restringir derechos constitucionales de servidores públicos y contratistas. A continuación expondremos los argumentos que sostienen nuestra intervención.

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

El primer motivo de inconformidad con el Decreto 491 de 2020 es la manera como a través del parágrafo del artículo 3º 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 indisoluble del derecho de sindicación previsto en el Convenio Nº 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 la decisión 574 el Comité de Libertad Sindical señaló:

574. El derecho de huelga puede limitarse o prohibirse en la función pública sólo en el caso de los funcionarios que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado.

El derecho de huelga puede ser objeto de limitaciones en los casos citados, entre los cuales se incluye los funcionarios que ejercen autoridad en nombre del Estado. Se trata entonces de una excepción dentro del personal que presta sus servicios en el sector público, y por ende no se puede considerar como una regla general. De hacerlo, se

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.

vulneraría el derecho consagrado en el Artículo 56 de la Constitución Política, al tiempo que se pasarían por alto las decisión del Comité de Libertad Sindical en la materia. Los criterios internacionales respecto al derecho laboral han sido acogidos por la Corte Constitucional, lo que debe tenerse en cuenta al momento de la valoración que haga el juez constitucional, en tanto nuestro ordenamiento prevé 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 EXCESO DE GENERALIZACIÓN EN EL DECRETO 491 DE 2020

El párrafo del artículo 3 del Decreto 491 de 2020, limita el ejercicio de un derecho constitucional de carácter fundamental por su estrecha relación con el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas. Al impedir a servidores públicos, incluso a contratistas, la suspensión de actividades, el Ejecutivo transgrede las facultades que le fueron conferidas en casos de estados de excepción, extralimitándose para limitar el ejercicio de derechos fundamentales.

La regla introducida por el párrafo del artículo 3º fue redactada de manera en exceso general, sin entrar a distinguir cuáles son los servicios indispensables del Estado en los cuales los trabajadores y contratistas se deberán abstener de suspender el servicio. En tanto todos los servicios del Estado pueden considerarse indispensables, entendiendo por indispensable, según la RAE, todo aquello que “es necesario o muy aconsejable que suceda”, es evidente que todos los servicios del Estado son indispensables. De hecho, si no fuera así, nada justificaría invertir el presupuesto público en su ejecución. Ya sea en tiempos de emergencia sanitaria o en tiempos de normalidad, todos los servicios que el Estado presta son indispensables. Al establecer de forma tan amplia la restricción a los derechos laborales, al punto que incluso en la totalidad de los servicios que presta el Estado se restringe el derecho de huelga, el Ejecutivo excedió los límites que implica la legislación en estado de excepción, pues a través de ella busca limitar el ejercicio de un derecho fundamental amparado en un concepto tan amplio y general como es el carácter de “indispensable” de los servicios que presta el Estado.

La OIT ha sido clara en la limitación de la huelga para los servidores públicos. Al respecto, como ya fue citado, señala que solamente es posible restringir este derecho a los funcionarios que ejercen autoridad en nombre del Estado. Definir qué funcionario ejerce autoridad en nombre del Estado depende de la ley interna de la administración pública en cada país, sin embargo, la OIT ha señalado de manera incluso bastante amplia que:

“Los funcionarios de la administración pública y del poder judicial son funcionarios que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado, por lo que su derecho de huelga puede ser objeto de restricciones, como la suspensión del ejercicio del derecho o incluso su prohibición.” (Decisión 578

Este criterio resulta aun muy general, por lo que es necesario acudir a fuentes nacionales que permitan comprender con claridad qué se entiende por el ejercicio de autoridad en cabeza de un funcionario público. En el Concepto 71721 de 2019 Departamento Administrativo de la Función Pública, en el cual se retoma la jurisprudencia del Consejo de Estado al respecto, se señala:

“La autoridad civil confiada a un servidor público por razón de sus funciones consiste en la potestad de mando, de imposición, de dirección que se ejerce sobre la generalidad de las personas. Su expresión puede ser diversa y puede consistir en competencias reglamentarias, o de designación y remoción de los empleados, o en potestades correccionales o disciplinarias o de imposición de sanciones distintas, o de control que comporte poder de decisión sobre los actos o sobre las personas controladas (...).”

El concepto de autoridad civil retomado por el DAFP se basa en el artículo 188 de la Ley 136 de 1994, según el cual:

Art. 188 Autoridad Civil. Para efectos de lo previsto en esta Ley, se entiende por autoridad civil la capacidad legal y reglamentaria que ostenta un empleado oficial para cualquiera de las siguientes atribuciones:

1. Ejercer el poder público en función de mando para una finalidad prevista en esta Ley, que obliga al acatamiento de los particulares y en caso de desobediencia, con facultad de la compulsión o de la coacción por medio de la fuerza pública.
2. Nombrar y remover libremente los empleados de su dependencia, por si o por delegación.
3. Sancionar a los empleados con suspensiones, multas o destituciones.

A su vez, el Consejo de Estado distingue la autoridad civil de la administrativa, la cual si bien carece de una expresa definición legal como si la tiene el concepto de autoridad civil,

se puede establecer la diferencia a partir de la jurisprudencia recogida por concepto del DAFP antes citado:

“A diferencia del concepto de autoridad civil, el de autoridad administrativa no fue definido expresamente por el legislador. Sin embargo la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha dicho que “es aquella que ejercen quienes desempeñan cargos de la administración nacional, departamental y municipal o de los órganos electorales y de control que impliquen poderes decisorios de mando o imposición sobre los subordinados o la sociedad. La autoridad administrativa, comprende, entonces, las funciones administrativas de una connotación como la descrita y excluye las demás que no alcanzan a tener esa importancia””

Por ejemplo, un juez de la República, un fiscal, un inspector de policía, o cualquier otro funcionario que puede encarnar el poder coactivo del Estado, se considera autoridad. Esta facultad tan delicada para el ejercicio de los derechos, no puede delegarse en todas las personas que prestan un servicio necesario para el cumplimiento de los fines del Estado. De extender el criterio, por ejemplo a los contratistas o a quienes laboran en las empresas industriales y comerciales del Estado, entre otros, se limitaría el ejercicio de derechos fundamentales de manera desproporcionada e irrazonable.

Como se puede advertir, la autoridad, ya sea civil o administrativa, implica un poder de mando que no todos las personas vinculadas con el Estado pueden ejercer, mucho menos quienes se encuentran vinculados por un contrato de prestación de servicios. Extenderle tal facultad bajo un criterio tan amplio como el invocado en el Decreto 491 de 2020:

“aquellos servidores públicos y contratistas cuyas actividades sean estrictamente necesarias para prevenir, mitigar y atender la emergencia sanitaria por causa del coronavirus y para garantizar el funcionamiento de los servicios indispensables del Estado.”

resulta no solamente contrario a la Constitución Política, a las normas que regula la actuación administrativa del Estado, sino al marco de competencias asignadas en virtud de un decreto de estado de excepción. El criterio “actividades estrictamente necesarias para prevenir, mitigar y atender la emergencia sanitaria”, abarca un extenso campo de tareas y personas vinculadas con la administración pública a través de diferentes modalidades jurídicas, lo que impide precisar cuáles de ellas pueden efectivamente ejercer autoridad civil o administrativa en nombre del Estado.

Tanto una generalización absoluta que en la práctica restringe derechos fundamentales de los empleados públicos, incluso de los contratistas, como el detalle en exceso de quiénes se consideran funcionarios que ejercen autoridad en nombre del Estado, resultan contrarios a los principios de Libertad Sindical. Así lo establece la OIT:

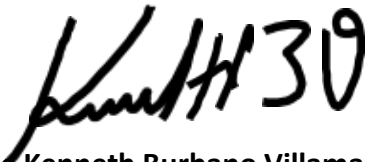
“575. Una definición demasiado detallada del concepto de funcionario público podría tener como resultado una restricción muy amplia, e incluso una prohibición del derecho de huelga de esos trabajadores. La prohibición del derecho de huelga en la función pública debería limitarse a los funcionarios que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado.”

Por último: el hecho de que en el artículo 1 del Decreto 491 se establezca, de manera por demás ambigua y confusa en tanto equipara contratistas con entidades, que todas se consideran “autoridades”, eso no quiere decir que efectivamente todas las personas que laboran al servicio del Estado, ya sea como empleados públicos, trabajadores oficiales o contratistas, se les pueda considerar autoridades a la luz de la jurisprudencia nacional y del derecho internacional del trabajo que Colombia está obligada a respetar incluso en estados de excepción.

3. PETICIÓN

En conclusión, solicitamos a la H Corte Constitucional que declare **inexequible** el parágrafo del artículo 3º del Decreto 491 de 2020, en atención a que extender el concepto de “autoridad” a empleados públicos y contratistas que no ejercen autoridad en nombre del Estado, conlleva a una limitación innecesaria de derechos fundamentales en el trabajo, como el derecho de huelga, los cuales ni siquiera en estados de excepción pueden ser objeto de limitaciones.

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
oscar.lopezc@unilibre.edu.co