

Bogotá, 30 de abril de 2020

Señores

MAGISTRADOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Referencia: expediente.re- 252

Decreto Legislativo 488 del 27 de marzo de 2020

Magistrado Ponente: **José Fernando Reyes Cuartas.**

E. S. D.

En nombre de la Universidad del Rosario y atendiendo la convocatoria efectuada a través del Oficio No. 0806 del veinticuatro (24) de abril de dos mil veinte (2020) me permito emitir concepto sobre la Constitucionalidad del Decreto Legislativo 488 del 27 de marzo de 2020.

El presidente de la República, con fundamento en las facultades del artículo 215 de la Constitución Política y como consecuencia de la Pandemia denominada COVID 19, expidió el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, por el cual se declaró un estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional.

Los presupuestos fácticos que tuvo en cuenta el Gobierno se fundamentaron en los siguientes aspectos:

1. Salud pública

- Entre el 07 de enero de 2020 y 11 de marzo del mismo año, la Organización Mundial de la Salud declaró el brote del nuevo coronavirus como emergencia pública de importancia internacional, hasta el Decreto de la enfermedad de coronavirus como pandemia, por su velocidad de propagación y escala de transmisión, que se ha extendido a varios continentes y afecta en forma general a un gran número de personas.
- El Ministerio de Salud y de Protección Social, inicialmente mediante Resolución 0000380 del 10 de marzo de 2020 adoptó, entre otras medidas, preventivas sanitarias, el aislamiento y cuarentena de las personas arribaran a Colombia provenientes de China, España y Francia. Posteriormente mediante Resolución 385 del mismo año, declaró el estado de emergencia sanitaria por causa de COVID 19 en todo el territorio nacional, hasta el 30 de mayo de 2020.
- Posteriormente el Gobierno ordenó el aislamiento preventivo obligatorio “cuarentena” que a la fecha extiende hasta el 11 de mayo del año en curso obligando a la mayoría de la población a permanecer guarnecidos en sus casas.

2. Económicos

2.1. De carácter nacional: Considera el Gobierno que la amenaza global produce afectaciones al sistema económico en latitudes impredecibles e incalculables, de las cuales el país no se encuentra exento, y como el sistema de salud colombiano no se encuentra físicamente preparado para atender esta emergencia de salud, se hace necesario un apoyo fiscal urgente. Adicionalmente, los efectos del COVID 19 y las restricciones por cuestiones de salud, afectan los ingresos de los trabajadores por cuenta propia y los asalariados, haciendo necesario establecer mecanismos que reemplacen los ingresos que dejarán de percibir por las causas sanitarias.

Así mismo, se suma el recorte de la producción de petróleo, lo que implicó un desplome abrupto del precio del petróleo, situación no vista desde 1988. Según los cálculos del Ministerio de Hacienda, en un escenario moderado que contempla una parcial recuperación de los precios del petróleo, hacia el final del año el crecimiento económico del país se vería afectado en 1 PP. Que los choques que afectan los mercados financieros y laborales suelen tener efectos profundos y prolongados que deterioran el crecimiento, el bienestar de la sociedad y el empleo, como lo muestran las diferentes crisis económicas que han reducido la causa de crecimiento y han aumentado la tasa de desempleo.

2.1. De carácter internacional: Las entidades financieras multilaterales y los Bancos centrales internacionales, han sufrido el deterioro del mercado financiero internacional, generando una menor demanda global y una caída de las perspectivas de crecimiento mundial.

Que con fundamento en las facultades expedidas en el artículo 215 de la Constitución Política, y como consecuencia del estado de emergencia decretado, el gobierno expidió el decreto 488 del 27 de marzo de 2020, buscando implementar una serie de medidas coyunturales de orden laboral para disminuir la afectación que tendrá el nuevo Coronavirus COVID-19 en los trabajadores y en los empleadores. El mismo Decreto hace referencia a que dentro del estado de emergencia el Gobierno no podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores mediante los Decretos expedidos con ocasión a la misma situación.

El Decreto en estudio asume como medidas excepcionales: el retiro parcial de cesantías, aviso sobre el disfrute de vacaciones, recursos del sistema de riesgos laborales para enfrentar los efectos del COVID 19, beneficios relacionados con los mecanismos de protección al cesante y acreditación de la fe de vida - supervivencia - de connacionales fuera del país.

Revisando el Decreto en cuestión, las consideraciones que tuvo el Gobierno para la expedición de este, en concordancia con el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, opinamos lo siguiente:

1. Los artículos 3, 4, 5, 6, 7 y 8, señalan que las medidas excepcionales decretadas se darán hasta tanto permanezcan los hechos que dieron origen a la emergencia económica, social y ecológica, situación que de por sí podría afectar la temporalidad de la aplicación del Decreto, por cuanto desconocemos el tiempo de duración de la pandemia y los efectos económicos y sociales derivados de la misma, entonces si esta situación permanece en el tiempo indefinidamente porque no se han podido conjurar las causas de la misma, nos veríamos abocados a que estas medidas que son de carácter coyuntural o provisional, como el mismo Decreto lo señala, terminaran convirtiéndose en indefinidas, sin estar sujetas a un límite de tiempo característico de medidas extraordinarias y temporales.

En consecuencia, el no establecer límites transitorios claros y precisos a las medidas excepcionales, conlleva su extensión indefinida, contrariando el espíritu de lo dispuesto en el artículo 215 de la Carta Política que señala que el estado de emergencia y sus efectos son excepcionales y limitados en el tiempo en forma precisa, de lo contrario perderían el carácter de especiales para adquirir la connotación de permanentes.

Por lo anterior consideramos que la totalidad de las medidas tomadas por el Gobierno en este Decreto se convierten en atemporales y por lo tanto son inexequibles y así lo debe declarar la Honorable Corte Constitucional.

2. En caso de que la Honorable Corte no acepte los argumentos presentados en el aparte anterior, y relacionados con la atemporalidad de las medidas tomadas lo que según nuestro criterio ocasiona la declaratoria de inexequibilidad de las mismas, le solicitamos tener en cuenta las siguientes consideraciones:

2.1. Los artículos 4, 5, 6 y 7 son exequibles en su totalidad por cuanto desarrollan el objeto del Decreto, que es disminuir la afectación que tendrá el nuevo Coronavirus COVID-19 en los trabajadores y en los empleadores y no desmejoran en ningún momento los derechos sociales de los trabajadores.



2.2 El artículo 3 es inexecutable, por las siguientes consideraciones, , sin antes hacer referencia a que es H. Corporación ha establecido que se debe efectuar un test de razonabilidad de la norma estudiada para establecer si, “(...) puede haber otros métodos para alcanzar dicha finalidad, por lo que la Corte solo opta por aplicar el test de razonabilidad en la medida que se muestra en este caso como un método idóneo, más no exclusivo —se recalca- para tal fin”¹

2.2.1 En primer lugar no fija un límite preciso en el tiempo para el uso de este mecanismo excepcional, que podría conllevar a que el trabajador pueda indefinidamente retirar cesantías, agotando el monto de las mismas y en caso de que quede sin empleo su situación se convierta en más precaria de lo que es en el momento de la crisis, cuando precisamente el auxilio de cesantía tiene como vocación principal proteger al trabajador que ha quedado cesante y de ahí proviene su denominación

Así mismo contiene una fórmula muy peligrosa que es darle al empleador la facultad de certificar la disminución de ingresos para hacer uso del mecanismo de protección, lo que podría conllevar a eventuales esguinces al sistema de cesantías para retirarlas parcialmente sin razones valederas afectando el ahorro del trabajador que tiene como finalidad protegerlo en momentos de paro, igualmente abre la posibilidad de que el empleador utilice esta fórmula para pactar rebajas de salario, porque de todas formas el trabajador puede acudir a sus cesantías, lo cual contradice la finalidad del decreto que es reducir los resultados adversos que tendrá el nuevo Coronavirus COVID-19 en los trabajadores, desmejorando claramente los derechos sociales de los trabajadores.

2.2.2 En segundo lugar, no establece un límite en el monto de las cesantías, lo que claramente indicaría que, si la crisis se extiende en el tiempo, podría llegar a suceder que se acabara el dinero consignado, y si el trabajador en el futuro y por consecuencia de esta misma crisis se queda sin trabajo, no podrá acudir a sus cesantías, que precisamente fueron creadas como mecanismo de protección a la situación del despido. Igual que en la acotación del numeral anterior consideramos que esta medida podría afectar mucho más la situación económica y social de los trabajadores, dejándolos sin la posibilidad de acudir al auxilio de cesantía en caso de que la crisis económica se dilate mucho más en el tiempo y les fueran terminados sus contratos de trabajo, lo que claramente sería como se dice en el argot popular “un remedio peor que la enfermedad” por la precariedad en que quedarían sus condiciones de vida y subsistencia.

¹ Sentencia C-673 de 2001 MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

2.2.3 En tercer lugar y, por último, al revisar la razonabilidad de la medida, se observa que no es de carácter necesaria, ya que el gobierno nacional podría acudir a otros mecanismos de protección de los trabajadores para salvaguardar sus intereses sin desmedro de sus ahorros que tienen en este caso como finalidad futura proteger su eventual estado de desempleo que hoy con la crisis que estamos viviendo es más posible de lo habitual.

2.2.4. Ahora bien, si la Honorable Corte considera que las anteriores razones no son suficientes para declarar la inexecutable total del artículo 3º, si debe por lo menos declarar parcialmente executable el mismo, por cuanto viola el derecho a la igualdad, ya que solamente permite el uso de este beneficio excepcional a los afiliados a los Fondos Privados de Cesantías, dejando por fuera a un grupo grande de trabajadores que se encuentran vinculados al Fondo Nacional del ahorro.

2.3 El artículo 8, consideramos, es inexecutable por las siguientes razones:

2.3.1 No existe unidad de materia con la finalidad del Decreto, la cual es buscar mecanismos para disminuir la afectación de los derechos de los trabajadores y empleadores y en este caso se toman medidas relacionadas con pensionados que viven en el exterior, que ya no tienen el carácter de trabajadores y que debieron ser incluidas en aquellos decretos que buscan dar soluciones a la crisis en materia pensional o de protección a los adultos mayores.

Atentamente,

José Alberto Gaitán Martínez

Decano
Facultad de Jurisprudencia
Universidad del Rosario