154

REPUBLICA DE COLOMBIA

ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO

TOMO
CLX

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

MAYO A DICIEMBRE DE 1995

RELATORES: DRA. MARIA DEL PILAR ESPINOSA SALAZAR
DRA. MARIA DEL PILAR VELOZA PARRA

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

CONSEJO DE ESTADO

CONSEJEROS Y DIGNATARIOS
AÑO DE 1995

Presidente
Dr. DIEGO YOUNES MORENO

Vicepresidente
Dr. DANIEL SUAREZ HERNANDEZ

Secretaria General
Dra. MERCEDES TOVAR DE HERRAN
(Desde el 16 de noviembre/94 al 12 de marzo/95)

Dra. NUBIA GONZALEZ CERON
(desde 13 de marzo hasta el 18 de julio/95; nuevamente asume el cargo de Secretaria General la Dra. MERCEDES TOVAR DE HERRAN, desde el 18 de julio/95 en adelante).

SECCION PRIMERA

Dr. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ
Presidente

Dr. YESID ROJAS SERRANO
Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ (hasta julio 17/95)
Dra. NUBIA GONZALEZ CERON (desde 18 de julio/95 hasta 30 de nov./95)
Dr. MANUEL SANTIAGO URUETA (desde 1° de diciembre de 1995)
Dr. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

Secretaria:
Dra. KATERINE KARAKALPAKIS CALDERON (hasta 9 de julio/95)
Dr. JAIRO PINZON MOLANO (desde 10 de julio/95)

SECCION SEGUNDA

Dr. CARLOS ARTURO ORJUELA GONGORA
Presidente

Dr. CLARA FORERO DE CASTRO
Dr. ALVARO LECOMPTE LUNA
Dra. DOLLY PEDRAZA DE ARENAS
Dr. JOAQUIN BARRETO RUIZ
Dr. DIEGO YOUNES MORENO (hasta 15 de diciembre/95)
Dra. MARIA EUGENIA SAMPER RODRIGUEZ (desde el 16 de diciembre/95)

Secretaria:
Dra. MYRIAM CECILIA VIRACACHA SANDOVAL (encargada)

SECCION TERCERA

Dr. CARLOS BETANCUR JARAMILLO
Presidente

Dr. DANIEL SUAREZ HERNANDEZ
Dr. JUAN DE DIOS MONTES HERNANDEZ
Dr. JULIO CESAR URIBE ACOSTA (hasta mayo 15/95)
Dr. JESUS MARIA CARRILLO BALLESTEROS (desde mayo 16/95)

Secretaria:
Dra. LOLA ELISA BENAVIDES LOPEZ

SECCION CUARTA

Dr. GUILLERMO CHAHIN LIZCANO
Presidente

Dra. CONSUELO SARRIA OLCOS
Dr. JAIME ABELLA ZARATE (hasta 3 de mayo/95)
Dr. JULIO ENRIQUE CORREA RESTREPO (desde 4 de mayo/95)
Dr. DELIO GOMEZ LEYVA

Secretario:
Dr. CARLOS ALBERTO FLOREZ ROJAS

SECCION QUINTA

Dr. AMADO GUTIERREZ VELASQUEZ
Presidente

Dr. LUIS EDUARDO JARAMILLO MEJIA
Dra. MIREN DE LA LOMBANA DE MAGYAROFF
Dr. MIGUEL VIANA PATIÑO (hasta 15 de marzo)
Dra. DENISSE DUVIAU DE PUERTA (desde 16 de marzo al 28 de junio)
Dr. MARIO ALARIO MENDEZ (desde el 29 de junio/95)

Secretario:
Dr. OCTAVIO GALINDO CARRILLO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Dr. ROBERTO SUAREZ FRANCO
Presidente

Dr. JAVIER HENAO HIDRON
Dr. HUMBERTO MORA OSEJO (hasta 5 de julio/95)
Dr. CESAR HOYOS SALAZAR (desde el 6 de julio/95)
Dra. NUBIA GONZALEZ CERON (desde el 16 de nov./94 hasta el 12 de marzo/95)
Dr. LUIS CAMILO OSORIO ISAZA (desde 13 de marzo/95)

Secretaria:
Dra. ELIZABETH CASTRO REYES

PROCURADURIAS DELEGADAS

1ª Dr. JUAN CARLOS HENAO (hasta 31 de agosto/95)
Dr. GUSTAVO ADOLFO GARCIA (desde 1° de septiembre/95)

2ª Dra. LIBIA ZULUAGA URIBE (hasta 31 de octubre/95)
Dr. HUGO CAÑIZARES BERBEO (desde 16 de nov./95)

3ª Dr. JAIRO MAYA BETANCOURT (hasta 30 de septiembre/95)
Dr. FLAVIO RODRIGUEZ ARCE (desde 1° de octubre/95)

4ª Dr. MARIA EUGENIA SAMPER RODRIGUEZ (hasta 30 de septiembre/95)
Dr. RAFAEL BALLEN MOLINA (desde 1° de octubre/95)

5ª Dra. EDNE COHEN DAZA (hasta 30 de septiembre/95)
Dr. ALIER HERNANDEZ ENRIQUEZ (desde 1° de octubre/95)

6ª Dra. INES HURTADO CUBIDES

7ª Dra. MARGARITA OLAYA DE OBANDO

8ª Dr. JAIME OSSA ARBELAEZ (hasta 30 de septiembre/95)
Dra. MARIA DEL CARMEN MELO RODRIGUEZ (del 16 de noviembre/95)

9ª Dra. LUZ STELLA PEÑA DE MENDEZ (hasta el 30 de octubre/95)
Dra. ALICIA RUBIANO AMEZQUITA (del 1° de noviembre/95 al 6 de diciembre/95)
Dra. NUBIA GONZALEZ CERON (del 7 de diciembre/95)

10ª Dra. ALICIA RUBIANO AMEZQUITA

RELATORAS

Dra. MARIA DEL PILAR ESPINOSA SALAZAR
(Licencia por maternidad desde el 18 de febrero hasta el 12 de mayo/95)

Dra. CLAUDIA ANGELA NAVARRO ACEVEDO
(desde el 7 de marzo hasta el 12 de mayo/95)

Dra. MARIA DEL PILAR VELOZA PARRA
(desde el 6 de marzo/95).

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

INDICE GENERAL

	Página
CONSULTA NUMERO 684 (3 de mayo de 1995)	9
CONSULTA NUMERO 687 (17 de mayo de 1995)	14
CONSULTA NUMERO 689 (25 de mayo de 1995)	17
CONSULTA NUMERO 691 (25 de mayo de 1995)	25
CONSULTA NUMERO 688 (2 de junio de 1995)	29
CONSULTA NUMERO 692 (2 de junio de 1995)	42
CONSULTANUMERO 694 (6 de junio de 1995)	48
CONSULTA NUMERO 696 (6 de junio de 1995)	52
CONSULTA NUMERO 698 (7 de junio de 1995)	57
CONSULTA NUMERO 695 (14 de junio de 1995)	62
CONSULTA NUMERO 690 (21 de junio de 1995)	67
CONSULTA NUMERO 697 (28 de junio de 1995)	71
CONSULTA NUMERO 699 (28 de junio de 1995)	77
CONSULTA NUMERO 700 (4 de julio de 1995)	87
CONSULTA NUMERO 693 (5 de julio de 1995)	99
CONSULTA NUMERO 702 (5 de julio de 1995)	116
CONSULTA NUMERO 706 (5 de julio de 1995)	121
CONSULTA NUMERO 704 (19 de julio de 1995)	124
CONSULTA NUMERO 705 (25 de julio de 1995)	135
CONSULTA NUMERO 720 (7 de agosto de 1995)	142
CONSULTA NUMERO 712 (8 de agosto de 1995)	157
CONSULTA NUMERO 711 (9 de agosto de 1995)	163
CONSULTA NUMERO 716 (14 de agosto de 1995)	170
CONSULTA NUMER0 717 (22 se agosto de 1995)	176
CONSULTA NUMERO 713 (13 de agosto de 1995)	180

Página

CONSULTA NUMERO 719 (28 de agosto de 1995) 186
CONSULTA NUMERO 723 (28 de enero de 1995) 195
CONSULTA NUMERO 714 (29 de agosto de 1995) 200
CONSULTA NUMERO 724 (29 de agosto de 1995) 209
CONSULTA NUMERO 710 (30 de agosto de 1995) 219
CONSULTA NUMERO 721 (31 de agosto de 1995) 228
CONSULTA NUMERO 727 (8 de septiembre de 1996) 232
CONSULTA NUMERO 718 (14 de septiembre de 1995) 241
CONSULTA NUMERO 725 (19 de septiembre de 1995) 247
CONSULTA NUMERO 722 (25 de septiembre de 1995) 254
CONSULTA NUMERO 732 (3 de octubre de 1995) 259
CONSULTA NUMERO 733 (3 de octubre de 1995) 271
CONSULTA NUMERO 735 (3 de octubre de 1995) 277
CONSULTA NUMERO 738 (9 de octubre de 1995) 283
CONSULTA NUMERO 734 (11 de octubre de 1995) 290
CONSULTA NUMERO 736 (17 de octubre de 1995) 297
CONSULTA NUMERO 742 (1° de noviembre de 1995) 304
CONSULTA NUMERO 744 (9 de noviembre de 1995) 315
CONSULTA NUMERO 746 (23 de noviembre de 1995) 324
CONSULTA NUMERO 745 (29 de noviembre de 1995) 327
CONSULTA NUMERO 747 (29 de noviembre de 1995) 336
CONSULTA NUMERO 754 (29 de noviembre de 1995) 344
CONSULTA NUMERO 750 (diciembre 4 de 1995) 350
CONSULTA NUMERO 756 (4 de diciembre de 1995) 359
CONSULTA NUMERO 753 (5 de diciembre de 1995) 377
CONSULTA NUMERO 761 (5 de diciembre de 1995) 381
CONSULTA NUMERO 751 (6 de diciembre de 1995) 387
CONSULTA NUMERO 752 (7 de diciembre de 1995) 400
CONSULTA NUMERO 755 (7 de diciembre de 1995) 406
CONSULTA NUMERO 758 (13 de diciembre de 1995) 413
CONSULTA NUMERO 757 (diciembre 18 de 1995) 418
CONSULTA NUMERO 763 (19 de diciembre de 1995) 424
CONSULTA NUMERO 772 (diciembre 19 de 1995) 436

CONSULTA NUMERO 684

(3 de mayo de 1995)

CONSORCIO Y UNION TEMPORAL - Diferencias.

La diferencia entre el consorcio y la unión temporal radica entonces no en la naturaleza misma de las instituciones sino en la extensión que revista la sanción para el caso de incumplimiento. Mientras que en el consorcio la sanción afecta a todos los miembros que lo conforman y quienes responden solidariamente, en la unión dicha sanción se determina de acuerdo con la participación de cada uno de sus miembros en la ejecución del contrato.

Autorizada su publicación con oficio número 5512 de 31 de mayo de 1995.

CONSORCIO - Definición / LEY DE CONTRATACION - Interpretación / PERSONA JURIDICA - Inexistencia.

La institución del consorcio, tal como lo prevé el artículo 7o. de la Ley 80, presupone primero que toda una pluralidad de personas unidas por la convención o acuerdo de quienes presentan una propuesta unificada para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato. De lo anterior se sigue que en el consorcio no se da origen a una persona jurídica distinta de quienes lo integran por cuanto estos mantienen su personalidad individual, propia e independiente sin perjuicio de que para los efectos de contratación se obre de consuno mediante representante que para el efecto se designe; sin embargo, la unión de las entidades o personas consorciales no origina un nuevo sujeto del derecho de capacidad jurídica autónoma.

Autorizada su publicación con oficio número 5512 de 31 de mayo de 1995.

CONSORCIO - Naturaleza jurídica.

El consorcio tiene su fuente primigenia en la Constitución Política que consagra el derecho de «libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad», reglamentada luego específicamente para la institución en estudio por el artículo 7o. de la Ley 80 de 1993 y para efectos de la contratación administrativa. Se aprecia de

todo ello que no se establece limitación alguna al respecto. Autorizada su publicación con oficio número 5512 de 31 de mayo de 1995.

PLIEGO DE CONDICIONES - Requisitos para la participación de consorcios y uniones temporales / CONSORCIO Y UNION TEMPORAL - Pliego de condiciones / PERSONA NATURAL Y PERSONA JURIDICA - Igualdad. Ley de contratación.

Debe también entenderse en este sentido el artículo 3° del Decreto reglamentario 679 de 1994 en cuanto dispone que en los pliegos de condiciones o términos de referencia podrán establecerse los requisitos objetivos que deben cumplirse para efectos de la participación de consorcios o de uniones temporales. Por lo cuanto cualquier norma reglamentaria de la Ley 80 que pretendiese restringir el derecho de asociación ejercido a través de los consorcios para el caso de contratación administrativa adolecería de ilegalidad. Con mayor razón será ilegal la estipulación que se incluya en los pliegos de condiciones sobre la no participación de los consorcios. En consecuencia, los requisitos que se exijan para los consorcios y uniones temporales, no pueden ser diferentes de los que la misma ley exige para las personas naturales o jurídicas que se presenten como proponentes. Lo contrario, sería establecer una discriminación que la ley no contempla.

Autorizada su publicación con oficio número 5512 de 31 de mayo de 1995.

Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil.

Santa Fe de Bogotá, D. C., tres (3) de mayo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero ponente: *Roberto Suárez Franco.*

Radicación número 684.

Referencia: Consulta del Ministerio de Defensa Nacional relacionada con los contratos y la participación de consorcios y uniones temporales.

Se absuelve la consulta que el señor Ministro de Defensa Nacional formula a la Sala en los siguientes términos textuales:

"1. El artículo 6° de la Ley 80 de 1993, dispone: "Pueden celebrar contratos estatales, las personas consideradas legalmente capaces, en las disposiciones vigentes.

También podrán celebrar contratos con las entidades estatales, los Consorcios y Uniones Temporales...".

Y el artículo 7° ibídem, contiene la definición de éstos y la responsabilidad de los miembros que lo componen.

De la norma primeramente transcrita, se colige que el presupuesto contractual de la capacidad, se predica no solamente respecto de las personas naturales y jurídicas, sino también de los consorcios y las uniones temporales.

Con fundamento en lo anterior se consulta:

– ¿Será discrecional de la administración, incluir en los pliegos de condiciones o términos de referencia, la participación de consorcios y uniones temporales?"

I. ANTECEDENTES

1. Con fundamento en el inciso final del artículo 150 de la Constitución Política, el Congreso de la República profirió la Ley 80 de 1993 por medio de la cual se expidió el «Estatuto General de Contratación de la Administración Pública». En el artículo 6° del citado ordenamiento se dispone:

"Pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes. También podrán celebrar contratos con las entidades estatales, los consorcios y uniones temporales.

Las personas jurídicas nacionales y extranjeras deberán acreditar que su duración no será inferior a la del plazo del contrato y un año más».

2. En el mismo estatuto se define lo que se entiende por "consorcio" así como por "unión temporal". El consorcio se da "cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato.

En consecuencia, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que la conforman".

A la unión temporal se la define por el numeral 2 del artículo 7o de la Ley 80 de manera análoga al consorcio; no obstante se le distingue en cuanto a que "las sanciones por incumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato se impondrán de acuerdo con la participación en la ejecución de cada uno de los miembros de la unión temporal".

La diferencia entre el consorcio y la unión temporal radica entonces no en la naturaleza misma de las dos instituciones sino en la extensión que revista la sanción para el caso de incumplimiento. Mientras que en el consorcio la sanción afecta a todos los miembros que lo conforman y quienes responden solidariamente, en la unión dicha sanción se determina de acuerdo con la participación de cada uno de sus miembros en la ejecución del contrato.

El parágrafo 7° inciso segundo de la Ley 80 agrega:

"Los proponentes indicarán si su participación es a título de consorcio o unión temporal y, en este último caso, señalarán los términos y extensión de la participación en la propuesta y en su ejecución, los cuales no podrán ser modificados sin el consentimiento previo de la entidad estatal contratante. Los miembros del

consorcio y de la unión temporal deberán designar la persona que, para todos los efectos, representará al consorcio o unión temporal y señalarán las reglas básicas que regulen las relaciones entre ellos y su responsabilidad".

3. Por su parte, el artículo 24 ibídem consagra el principio de transparencia. En su numeral 5o , literal a), establece que en los pliegos de condiciones o términos de referencia se indicarán los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección.

4. Finalmente, el decreto 679 de 1994, reglamentario de la Ley 80 de 1993, determina que:

"De conformidad con el numeral 5o literal a) del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, en los pliegos de condiciones o términos de referencia podrán establecerse los requisitos objetivos que deban cumplirse para efectos de la participación de consorcios o de uniones temporales".

II. LA SALA CONSIDERA:

La institución del consorcio, tal como se prevé por el artículo 7o de la Ley 80, presupone primero que todo una pluralidad de personas unidas por una convención o acuerdo y quienes presentan una propuesta unificada para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato.

Se trata de una unidad asociativa entre personas naturales o jurídicas que por compartir un objetivo común se comprometen de manera solidaria a responder de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato.

De lo anterior se sigue que en el consorcio no se da origen a una persona jurídica distinta de quienes lo integran, por cuanto estos mantienen su personalidad individual, propia e independiente sin perjuicio de que para los efectos de contratación se obre de consuno mediante representante que para el efecto se designe; sin embargo, la unión de las entidades o personas consorciales no origina un nuevo sujeto del derecho con capacidad jurídica autónoma.

El consorcio tiene su fuente primigenia en la Constitución Política que consagra el derecho de "libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad", reglamentada luego específicamente para la institución en estudio por el artículo 7o. de la Ley 80 de 1993 y para efectos de la contratación administrativa. Se aprecia de todo ello que no se establece limitación alguna al respecto.

Se tiene entonces que la norma que permite celebrar contratos con las entidades estatales –artículo 6º Ley 80 de 1993– no consagra ninguna restricción para los consorcios ni para las uniones temporales; por tanto, la propuesta o celebración conjunta debe ser tratada en igualdad de condiciones que los demás proponentes o contratistas.

Este tipo de asociación en el Decreto Ley 222 de 1983 hoy derogado era restrictivo. En el estatuto actual de contratación es de entera libertad de los proponentes quienes podrán participar en la actividad contractual individualmente o bajo una de estas dos modalidades: la del consorcio o la de la simple unión temporal.

Pero en la elaboración de los pliegos de condiciones o términos de referencia es preciso tener en cuenta aquellas reglas que se establecen por el numeral 5o del artículo 24 de la Ley 80 de 1993; entre estas se encuentra la de indicar los requisitos objetivos necesarios para participar en el proceso de selección; con ello se está excluyendo implícitamente la exigencia de circunstancias subjetivas para que un eventual proponente pueda participar en la licitación o concurso.

Debe entenderse también en este sentido el artículo 3o. del decreto reglamentario 679 de 1994, en cuanto dispone que en los pliegos de condiciones o términos de referencia podrán establecerse los requisitos objetivos que deban cumplirse para efectos de la participación de consorcios o de uniones temporales. Por lo tanto cualquier norma reglamentaria de la Ley 80 que pretendiese restringir el derecho de asociación ejercido a través de los consorcios para el caso de contratación administrativa adolecería de ilegalidad. Con mayor razón será ilegal la estipulación que se incluya en los pliegos de condiciones sobre la no participación de los consorcios.

En consecuencia, los requisitos que se exijan para los consorcios y uniones temporales, no pueden ser diferentes de los que la misma ley exige para las personas naturales o jurídicas que se presenten como proponentes. Lo contrario sería establecer una discriminación que la ley no contempla.

LA SALA RESPONDE:

La administración no puede incluir en los pliegos de condiciones o términos de referencia, estipulaciones que impidan la participación de consorcios y uniones temporales. Estos pueden presentarse a los procesos de selección, en igualdad de condiciones con los demás proponentes.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a los señores Ministro de Defensa Nacional y Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

Humberto Mora Osejo, Presidente; *Javier Henao Hidrón, Luis Camilo Osorio Isaza, Roberto Suárez Franco.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

CONSULTA NUMERO 687

(17 de mayo de 1995)

PENSIONADO POR INCAPACIDAD PERMANENTE PARCIAL - Prima semestral / MESADA ADICIONAL DE PENSIONADO INCAPACITADO - Pago / PENSION POR INVALIDEZ - Mesada adicional.

Las personas que perciban pensión de invalidez, por pérdida de la capacidad laboral entre el 21% y el 50%, tienen derecho a percibir la prima semestral prescrita por el artículo 142 de la Ley 100 de 1993. El Instituto de Seguros Sociales debe reconocer y pagar a los beneficiarios de las pensiones conmutadas la prima semestral prescrita por el artículo 142 de la Ley 100 de 1993. Esta prima debe pagarse con los recursos destinados a esta finalidad específica, de conformidad con los artículos 139, numeral 9, literal b), y 71 de la Ley 179 de 1994, y en ningún caso con los correspondientes al seguro de invalidez, vejez y muerte.

Autorizada su publicación el 2 de junio de 1995.

Bogotá D. C., diecisiete (17) de mayo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: *Humberto Mora Osejo.*

Radicación número 687

Referencia: Consulta del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social relativa a la posibilidad jurídica de reconocer y pagar la mesada adicional de junio, según el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, a los pensionados por incapacidad permanente parcial del ISS.

Se absuelve la consulta que la señora Ministra de Trabajo y Seguridad Social formula a la Sala en los siguientes términos textuales:

"Tienen derecho al pago de la mesada adicional de junio, los asegurados que reciban **pensión por incapacidad permanente parcial**, por haber perdido su capacidad laborativa entre el 21% y un porcentaje *que no exceda* el señalado para ser calificado con incapacidad permanente total, es decir, del 50% o más".

1° "Si el Instituto de Seguros Sociales, en virtud de la conmutación pensional y con base en el valor del capital constitutivo cancelado por las respectivas empre-

sas, asume tanto el pago de las pensiones de los extrabajadores y/o de los beneficiarios de éstos, como de los derechos accesorios a la pensión, tales como servicios médicos, auxilio funerario, primas consagradas en la ley y en la convención colectiva y los reajustes pensionales, ¿estaría obligado a pagar a los pensionados de las empresas conmutadas la mesada adicional de junio?

2°. "En el evento de que el Instituto estuviera obligado al pago de la mesada adicional y no hubiese remanente disponible del capital constitutivo cancelado por las empresas conmutadas, legalmente podrá satisfacer dicha obligación utilizando parte de los recursos captados por el Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte y que, por disposición legal, están destinados al pago de las pensiones de sus afiliados y/o beneficiarios y al incremento de las reservas?".

LA SALA CONSIDERA:

1°. Los Decretos 0433 de 1971 y 3170 de 1964 regularon el régimen de las prestaciones sociales a cargo del Instituto de Seguros Sociales, en ellas incluida la pensión de invalidez. La Ley 100 de 1993 los sustituyó y unificó el régimen de las pensiones, incluida la de invalidez, para los sectores público y privado.

2°. El artículo 142 de la Ley 100 de 1993 además dispuso que "los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y de sobrevivientes, de los sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1°) de enero de 1988, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.

La Corte Constitucional, mediante sentencia del 15 de septiembre de 1994, declaró constitucional el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, con excepción del término "actuales" del título de la norma y del aparte "cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1°) de enero de 1988" de la misma disposición, que declaró inexequibles.

De manera que todos los pensionados tienen derecho a la prima semestral que les reconoce el artículo 142 de la Ley 100 de 1993.

3°. Los artículos 1°, 2°, 3°, 4°, 5°, 6° y 7° del Decreto 2677 de 1971 y 4° y 5° del Decreto 1572 de 1973 regulan la conmutación de las pensiones de jubilación causadas y eventuales. Según el artículo 1° del Decreto 2677 de 1971, "en virtud de la conmutación", el Instituto de Seguros Sociales "sustituirá a la empresa obligada en el pago de la jubilación y de los demás derechos accesorios a ella". En consecuencia, el Instituto de Seguros Sociales debe pagar a los beneficiarios de las pensiones de jubilación conmutadas la prima semestral prescrita por el artículo 142 de la Ley 100 de 1993.

El artículo 139, numeral 9°, literal b), de la Ley 100 de 1993 confirió facultades extraordinarias al gobierno para "establecer un Fondo de Actualización Pensional

para los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, del sector público, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, cuyas pensiones se hubiesen reconocido antes del 1° de enero de 1989, de tal manera que permita atender", entre otros compromisos, "la mesada pensional adicional de que trata el artículo 142 de la presente ley". Además, según el artículo 18, inciso 1°, de la Ley 179 de 1994 "los gastos autorizados por leyes preexistentes a la presentación del proyecto anual del Presupuesto General de la Nación, serán incorporados a éste, de acuerdo con la disponibilidad de recursos, y las prioridades del Gobierno, si corresponden a funciones de órganos del nivel nacional y guardan concordancia con el Plan Nacional de Inversiones, e igualmente las apropiaciones a las cuales se refiere el parágrafo único del artículo 21 de la Ley 60 de 1993".

El artículo 24, inciso 1°, de la misma Ley agrega que "Si los egresos legalmente autorizados no fueren suficientes para atender los gastos proyectados, el Gobierno, por conducto del Ministerio de Hacienda, mediante un Proyecto de Ley propondrá los mecanismos para la obtención de nuevas rentas o la modificación de las existentes que financien el monto de los gastos contemplados".

De manera que la prima semestral debe ser pagada por el Instituto de Seguros Sociales con los nuevos recursos que se arbitren y apropien, no con los captados por el seguro de invalidez, vejez y muerte que, por disposición legal, están destinados al pago de las pensiones de los afiliados y beneficiarios y a incrementar las reservas.

Con fundamento en lo expuesto la Sala responde:

1°. las personas que perciban pensión por invalidez, por pérdida de la capacidad laboral entre el 21% y el 50%, tienen derecho a percibir la prima semestral prescrita por el artículo 142 de la Ley 100 de 1993.

2°. El Instituto de Seguros Sociales debe reconocer y pagar a los beneficiarios de las pensiones conmutadas la prima semestral prescrita por el artículo 142 de la Ley 100 de 1993. Esta prima debe pagarse con los recursos destinados a esta finalidad específica, de conformidad con los artículos 139, numeral 9, literal b), y 71 de la Ley 179 de 1994, y en ningún caso con los correspondientes al seguro de invalidez, vejez y muerte.

Transcríbase en sendas copias auténticas, a los señores Ministra de Trabajo y Seguridad Social y Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

Humberto Mora Osejo, Presidente; *Javier Henao Hidrón, Luis Camilo Osorio Isaza, Roberto Suárez Franco.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

CONSULTA NUMERO 689

(25 de mayo de 1995)

SOBRETASA AL CONSUMO DE GASOLINA - Titularidad / SOBRETASA AL CONSUMO DE GASOLINA - Cobro.

Según la Ley 86 de 1989 los municipios, incluyendo además el Distrito Especial de Bogotá, (hoy Distrito Capital), fueron instituidos como titulares del cobro de la sobretasa al consumo de gasolina motor, pero limitando su cuantía al 20% del precio al público sobre las ventas de Ecopetrol en la planta de abasto a la zona de influencia del respectivo sistema y con destinación exclusiva a la financiación de sistemas de servicio público urbano de transporte masivo de pasajeros. Igualmente, y de acuerdo con la mencionada disposición se confirió la facultad de cobro de dicha sobretasa sólo a aquellos municipios cuyas rentas no fueran suficientes para garantizar la pignoración de recursos correspondientes a créditos externos para desarrollar sistemas del servicio público urbano de transporte masivo de pasajeros.

Autorizada su publicación con oficio número 229 de 12 de junio de 1995.

SOBRETASA AL CONSUMO DE GASOLINA - Destinación / SOBRETASA AL COMBUSTIBLE AUTOMOTOR - Destinación / VIA PUBLICA Y CONSTRUCCION DE TRANSPORTE MASIVO - Destinatarios de sobre tasa a la gasolina.

Los recursos recaudados tanto por concepto de la sobretasa a la gasolina como el resto del combustible automotor constituían rentas propias de los municipios o de los distritos; pero uno y otro caso con destinación específica para el mantenimiento y construcción de vías públicas y para la financiación de la construcción de transporte masivo.

Autorizada su publicación con Oficio número 229 de 12 de junio de 1995.

SOBRETASA AL CONSUMO - Patrimonio del Area Metropolitana / SOBRETASA AL CONSUMO DE COMBUSTIBLE DIFERENTE A LA GASOLINA - Patrimonio Municipal.

La sobretasa que se recauda por concepto de gasolina motor establecida inicialmente de la manera prevista por el artículo 5º de la Ley 86 de 1989, modificada luego por lo ordenado en el artículo 29 de la Ley 105 de 1993 y que formaba parte del patrimonio de los municipios y del Distrito pasó a formar parte del patrimonio de las Areas Metropolitanas, pero en todos los casos para financiar los sistemas de servicio público urbano de transporte masivo de pasajeros. Pero lo que se recauda por concepto de la sobretasa fijada para combustibles distintos a la gasolina y tal como se percibe por la Ley 105 de 1993 pertenece a los municipios con destino a incrementar "un fondo de mantenimiento y construcción de vías públicas o a financiar la construcción de proyectos de transporte masivo". Finalmente, debe aclararse que los municipios, en los que se acuerde hacer uso de la autorización prevista por el artículo 29 de la Ley 105 de 1993 para establecer la sobretasa al combustible automotor, deberán diferenciar entre la sobretasa a la gasolina y la correspondiente a otros combustibles por cuanto los recaudos provenientes de dichos combustibles pertenecen al municipio; en cambio, los recursos obtenidos por sobretasa a la gasolina deberán ser entregados a la respectiva Area Metropolitana en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 22 literal j) de la Ley 128 de 1994.

Autorizada su publicación con Oficio número 229 de 12 de junio de 1995.

AREA METROPOLITANA - Destinación de los recursos del consumo a la gasolina.

Las Areas Metropolitanas deben destinar los recursos provenientes de la sobretasa a la gasolina exclusivamente a la financiación de sistemas de servicio público urbano de transporte masivo de pasajeros, conforme lo prescribe el inciso 2º literal b) del artículo 5º. de la Ley 86 de 1989.

Autorizada su publicación con Oficio número 229 de 12 de junio de 1995.

Santa Fe de Bogotá, D. C., veinticinco (25) de mayo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: *Roberto Suárez Franco*

Radicación número 689

Referencia: Consulta del Ministerio de Gobierno relacionada con la titularidad de la sobretasa al consumo de la gasolina motor que hayan establecido los municipios que formen parte de una Area Metropolitana.

Se absuelve la consulta que el señor Ministro de Gobierno formula a la Sala en Los siguientes términos textuales:

"El Ministerio de Gobierno desea oír el concepto de esa honorable Sala en relación con la titularidad de la sobretasa al consumo de gasolina motor que hayan establecido los municipios que formen parte de una Area Metropolitana.

Las normas que motivan esta solicitud, son las siguientes:

Ley 86 de 1989 (diciembre 20).

Por la cual se dictan normas sobre sistemas de servicio público urbano de transporte de pasajeros y se proveen recursos para su funcionamiento.

Capítulo II

De la financiación de los sistemas de transporte masivo.

Artículo 4°. La Nación solamente podrá contratar u otorgar garantía a los créditos externos contratados por entidades que desarrollen sistemas de servicio público urbano de transporte masivo de pasajeros, cuando se hayan pignorado a su favor rentas en cuantía suficiente que cubran el pago de por lo menos el 80% del servicio de la deuda total del proyecto.

Artículo 5°. Cuando las rentas propias de los municipios, incluido el Distrito Especial de Bogotá, no sean suficientes para garantizar la pignoración de los recursos prevista en el artículo anterior, quedan facultados para:

...b) Cobrar una sobretasa al consumo de la gasolina motor hasta del 20% de su precio al público sobre las ventas de Ecopetrol en la planta o plantas que den abasto a la zona de influencia del respectivo sistema, previo concepto del Consejo de Política Económica y Social, Conpes.

Los incrementos a que se refiere el presente artículo se destinarán exclusivamente a la financiación de sistemas de servicio público urbano de transporte masivo de pasajeros y se cobrarán a partir del 1° de enero del año siguiente a aquél en que se perfeccione el contrato para su desarrollo.

Ley 105 de 1993.

Por la cual se dictan disposiciones básicas sobre el transporte, se redistribuyen competencias y recursos entre la Nación y las entidades territoriales, se reglamenta la planeación en el sector transporte y se dictan otras disposiciones.

Capítulo III

Recursos para la construcción y conservación de la infraestructura de transporte.

Artículo 29. Sobretasa al combustible automotor. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 6° de la Ley 86 de 1989, autorízase a los municipios, y a los distritos, para establecer una sobretasa máxima del 20% al precio del combustible auto motor, con destino exclusiva a un Fondo de mantenimiento y construcción de vías públicas y a financiar la construcción de proyectos de transporte masivo.

Ley 128 de 1994.

"Por la cual se expide la ley orgánica de las áreas metropolitanas".

IV Patrimonio y Rentas.

Artículo 22. Patrimonio. El patrimonio y renta del Area Metropolitana estará constituido por:

...j) La sobretasa a la gasolina que se cobre dentro de la jurisdicción de cada Area Metropolitana acorde con lo establecido por la Ley 86 de 1 989.

En el evento de que los municipios integrantes de un Area Metropolitana hayan impuesto el cobro de la sobretasa a la gasolina motor, en los términos del artículo 5°. literal b) de la Ley 86 de 1989, para los fines y conforme al procedimiento que esa misma ley establece; y posteriormente hayan hecho extensivo el cobro, en el mismo porcentaje, a los demás combustibles automotores, en aplicación del artículo 29 de la Ley 105 de 1993, se pregunta:

1. Conforme al artículo 22, literal j) de la Ley 128 de 1994, están obligados los municipios a entregarles al Area Metropolitana de la cuál hagan parte, la sobretasa a la gasolina que estén cobrando por virtud de la Ley 86 de 1989.

2. De ser afirmativa la respuesta a la pregunta anterior, ¿cuál debe ser la destinación que debe darle el Area Metropolitana a esos recursos?

De otra parte se inquiere:

3. Los municipios integrantes de un Area Metropolitana que determinen cobrar la sobretasa autorizada por el artículo 29 de la Ley 105 de 1993, ¿están obligados a entregar los recaudos por gasolina motor a dicha Area?

I. ANTECEDENTES

1. El artículo 319 de la Constitución, dispone lo siguiente:

"Cuando dos o más municipios tengan relaciones económicas, social es y físicas, que den al conjunto características de un Area Metropolitana, podrán organizarse como entidad administrativa encargada de programar y coordinar el desarrollo armónico e integrado del territorio colocado bajo su autoridad; racionalizar la prestación de los servicios públicos a cargo de quienes la integran y, si es el caso, prestar en común algunos de ellos; y ejecutar obras de interés metropolitano.

La ley de ordenamiento territorial adoptará para las Areas Metropolitanas un régimen administrativo y fiscal de carácter especial; garantizará que en sus órganos de administración tengan adecuada participación las respectivas autoridades municipales; y señalará la forma de convocar y realizar las consultas populares que decidan la vinculación de los municipios.

Cumplida la consulta popular, los respectivos alcaldes y los concejos municipales protocolizarán la conformación del área y definirán sus atribuciones, financiación y autoridades, de acuerdo con la ley".

2. Por su parte y mediante la Ley 86 de 1989, se dictaron normas sobre "sistemas de servicio público urbano de transporte masivo de pasajeros y se destinaron recursos para su funcionamiento". Se dispuso en sus artículos 4° y 5°.

"Artículo 4°. La Nación solamente podrá contratar u otorgar su garantía a los créditos externos contratados por entidades que desarrollen sistemas de servicio público urbano de transporte masivo de pasajeros, cuando éstas hayan pignorado a su favor rentas en cuantía suficiente que cubran el pago de por lo menos el 80% del servicio de la deuda total del proyecto.

Artículo 5°. Cuando las rentas propias de los municipios incluidos el Distrito Especial de Bogotá, no sean suficientes para garantizar la pignoración de los recursos previstos en el artículo anterior, quedan facultadas para:

b) Cobrar una sobretasa al consumo de gasolina motor hasta del 20% de su precio al público sobre las ventas de Ecopetrol en la planta o plantas que den abasto a la zona de influencia del respectivo sistema, previo concepto del Consejo de Política Económica y Social, Conpes.

Los incrementos a que se refiere el presente artículo se destinarán exclusivamente a la financiación de sistemas de servicio público urbano de transporte masivo de pasajeros y se cobrarán a partir del 1° de enero del año siguiente a aquel en que se perfeccione el contrato para su desarrollo".

3. Posteriormente, mediante la Ley 105 de 1993, se dictaron disposiciones básicas sobre el transporte, se redistribuyeron competencias y recursos entre la Nación y las entidades territoriales, y se reglamentó la planeación en el sector transporte.

En el artículo 29 de la citada ley y en lo que respecta a la sobretasa del combustible automotor se ordenó:

"Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 6° de la Ley 86 de 1989 autorízase a los Municipios y a los Distritos para establecer una sobretasa máxima del 20% al precio del combustible automotor, con destino exclusiva a un fondo de mantenimiento y construcción de vías públicas y a financiar la construcción de proyectos de transporte masivo".

En un mismo orden de ideas y con relación a la delegación de funciones de las asambleas en los concejos municipales se consagró:

"En desarrollo de lo dispuesto en el artículo 301 de la Constitución Política las Asambleas Departamentales podrán delegar en los Concejos Municipales las atribuciones establecidas en el artículo 300 numerales 1° y 2°, referentes a la reglamentación del transporte, las obras públicas, las vías de comunicación y el desarrollo de sus zonas de frontera..."

4. El 23 de febrero de 1994 se expidió la Ley 128 "orgánica de áreas metropolitanas". En el artículo 22 se prevé la conformación del patrimonio y rentas del Area Metropolitana habiéndose incluido entre otras:

"... j) La sobretasa a la gasolina que se cobre dentro de la jurisdicción de cada Area Metropolitana acorde con lo establecido por la Ley 86 de 1989".

Se prescribió además que los bienes y rentas del Area Metropolitana son de su propiedad exclusiva y gozan de las mismas garantías que la propiedad y renta de los particulares (artículo 23).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. De conformidad con las normas que anteceden, resulta que según la Ley 86 de 1989 los municipios, incluyendo además el Distrito Especial Bogotá (hoy Distrito Capital), fueron instituidos como los titulares del cobro de la sobretasa al consumo de la gasolina motor, pero limitando su cuantía al 20% del precio al público sobre las ventas de Ecopetrol en la planta de abasto a la zona de influencia del respectivo sistema y con destinación exclusiva a la financiación de sistemas de servicio público urbano de transporte masivo de pasajeros.

Igualmente, y de acuerdo a la mencionada disposición se confirió la facultad de cobro de dicha sobretasa sólo a aquellos municipios cuyas rentas no fueran suficientes para garantizar la pignoración de recursos correspondientes a créditos externos para desarrollar sistemas del servicio público de que se trata.

2. Vigente la Constitución de 1991, el Congreso expidió la Ley 105 de 1993 sobre disposiciones básicas de transporte. En el artículo 29 de dicha ley se prescribe lo relacionado con la "sobretasa al combustible automotor" que se reguló de la siguiente manera:

a) El establecimiento de la sobretasa compete a cada municipio o distrito, autorizados por la ley;

b) Se amplió la cobertura de la sobretasa a todo "combustible automotor";

c) Se estableció una sobretasa máxima del 20% al precio del combustible automotor;

d) Se le destinó exclusivamente para dos fines: para incrementar un fondo de mantenimiento y construcción de vías públicas y, para financiar la construcción de proyectos de transporte masivo.

De lo expuesto, se concluye que los recursos recaudados tanto por concepto de la sobretasa a la gasolina como del resto del combustible automotor constituían rentas propias de los municipios o de los distritos; pero en uno y otro caso con destinación específica para el mantenimiento y construcción de vías públicas y para la financiación de la construcción de transporte masivo.

3. Con la expedición de la Ley 128 de 1994, orgánica de las Areas Metropolitanas, la situación vino a cambiar; en efecto:

En primer término se precisa el concepto de Area Metropolitana al definírsela como "entidades administrativas formadas por un conjunto de dos o más municipios integrados

alrededor de un municipio núcleo o metrópoli, vinculados entre sí por estrechas relaciones de orden físico, económico y social que para la programación y coordinación de su desarrollo y para la racional prestación de sus servicios públicos requiere una administración coordinada" (artículos 319 de la Constitución y 1° de la Ley 128 de 1994).

Luego, en el mismo estatuto legal se explica la forma de integración del patrimonio de tales Areas Metropolitanas incluyéndose como uno de sus factores constitutivos, el de la sobretasa de la gasolina con lo que implícitamente se está descartando la sobretasa que se llegase a cobrar por concepto de otros combustibles.

Esto quiere decir que la sobretasa que se recaude por concepto de gasolina motor establecida inicialmente de la manera prevista por el artículo 5°. de la Ley 86 de 1989, modificada luego por lo ordenado en el artículo 29 de la Ley 105 de 1993 y que formaba parte del patrimonio de los municipios y de los distritos pasó a formar parte del patrimonio de las Areas Metropolitanas, pero en todos los casos para financiar los sistemas de servicio público urbano de transporte masivo de pasajeros. Pero lo que se recaude por concepto de la sobretasa fijada para combustibles distintos a la gasolina y tal como se prescribe por la Ley 105 de 1993 pertenece a los municipios con destino a incrementar "un fondo de mantenimiento y construcción de vías públicas o a financiar la construcción de proyectos de transporte masivo".

Finalmente, debe aclararse que los municipios en los que se acuerde hacer uso de la autorización prevista por el artículo 29 de la Ley 105 de 1993 para establecer la sobretasa al combustible automotor, deberán diferenciar entre la sobretasa a la gasolina y la correspondiente a otros combustibles por cuanto los recaudos provenientes de dichos combustibles pertenecen al municipio; en cambio, los recursos obtenidos por sobretasa, la gasolina deberán ser entregados a la respectiva Area Metropolitana en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 22 literal j) de la Ley 128 de 1994.

LA SALA RESPONDE:

1. Los dineros que se recauden por concepto de la sobretasa a la gasolina, en virtud de lo dispuesto por el literal b) artículo 5° de la Ley 86 de 1989, deben ser entregados obligatoriamente por los municipios al Area Metropolitana de la cual formen parte.

2. Las Areas Metropolitanas deben destinar los recursos provenientes de la sobretasa a la gasolina exclusivamente a la financiación de sistemas de servicio público urbano de transporte masivo de pasajeros, conforme lo prescribe el inciso 2°. literal b) artículo 5°. de la Ley 86 de 1989.

3. La sobretasa al combustible automotor, que cobren los municipios integrantes de un Area Metropolitana ingresan a su patrimonio, salvo lo causado por sobretasa a la gasolina motor lo cual pertenece a las Areas Metropolitanas de la cual forman parte, por prescripción expresa del artículo 22 literal j) de la Ley 128 de 1994, a partir de la vigencia de esta ley.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a los señores Ministro de Gobierno y Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

Humberto Mora Osejo, Presidente; *Javier Henao Hidrón, Luis Camilo Osorio Isaza, Roberto Suárez Franco.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

CONSULTA NUMERO 691

(25 de mayo de 1995)

CORPORACION NASA KIWE-Facultades / ESTADO DE EMERGENCIA-Sismo / FINANCIACION DE CREDITOS EN ESTADOS DE EMERGENCIA-Damnificados / AUXILIOS A DAMNIFICADOS EN ESTADO DE EMERGENCIA-Prohibición / SUBROGACION DEL CREDITO DE DEUDORES MOROSOS-Prohibición.

El Gobierno Nacional, mediante el Decreto 1178 de 1994, declaró el Estado de Emergencia por el término de quince días "con el fin de conjurar y evitar la extensión de los efectos de la crisis producida" por el sismo que hubo en los departamentos de Huila y Cauca el día 6 de junio de 1994. Con el objeto de tomar las medidas necesarias para controlar la crisis mencionada, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1179 de 1994, por el cual se creó la Corporación para Reconstrucción de la Cuenca del Río Páez y Zonas Aledañas –Corpopaeces–, denominación que fue sustituida, mediante el artículo 1° del Decreto 1263 de 1994, por la de Corporación Nasa Kiwe. La mencionada corporación está facultada para hacer los aportes necesarios tendientes a solucionar los graves problemas de las personas afectadas por el sismo. Como el artículo 355 de la Constitución Nacional prohíbe las donaciones o auxilios de las entidades públicas a los particulares, el financiamiento de los damnificados debe efectuarse por medio de préstamos que se regirán por el reglamento de crédito que para tal fin se expida. De manera que las personas perjudicadas por la catástrofe y con obligaciones pendientes con las entidades bancarias oficiales, podrán solicitar créditos a la Corporación Nasa Kiwe para cubrirlos, bajo las especiales condiciones relativas a intereses y plazos que para tal efecto se hayan prescrito. La Corporación Nasa Kiwe no puede subrogarse en las obligaciones de los deudores morosos de la Caja Agraria o de otras entidades financieras porque esto significaría asumir las deudas de los porticulares, sin ninguna contraprestación, con desconocimiento del artículo 355 de la Constitución Nacional, la Corporación Nasa Kiwe en lugar de subrogarse en las deudas de los afectados con el terremoto del 6 de junio de 1994, puede otorgarles créditos a largo plazo y con bajos

intereses, que les permitan cancelar sus anteriores obligaciones con la Caja Agraria y con otras entidades financieras. Dentro de los objetivos de la Corporación Nasa Kiwe, se cuenta la posibilidad de conceder créditos a todos los afectados por el sismo. NOTA DE RELATORIA: Menciona la sentencia de la Corte Constitucional del 25 de agosto de 1994, por la cual se declaró la inexequibilidad del Decreto 1265 de 1994 por el cual se dispuso el castigo de las deudas por capital, intereses y gastos existentes a 6 de junio de 1994, a cargo de los productores privados en las zonas afectadas en los deportamentos del Huila y Cauca por el sistema de esa fecha.

Bogotá D. C., veinticinco (25) de mayo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: *Humberto Mora Osejo.*

Radicación número 691.

Referencia: Consulta del señor Ministro de Gobierno sobre las facultades de la Corporación Nasa Kiwe pora asumir las obligaciones de algunos deudores de la Caja Agraria.

Se absuelve la consulta que el señor Ministro de Gobierno formula la Sala en los siguientes términos textuales:

"1. Si la Corporación NASA KIWE puede subrogarse en las obligaciones de los deudores morosos de la Caja Agraria y en general del sistema financiero, de conformidad con la propuesta comentada, sin violar el espíritu de la Constitución Política, siempre y cuando se cumplan las condiciones descritas, en el marco legal pora el cual fue creada.

2. De otra porte, surge la duda si dicha propuesta también puede aplicarse a aquellas personas que sufrieron daños económicos en sus propiedades y actividad productiva, como consecuencia de la catástrofe natural, aunque no se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta".

LA SALA CONSIDERA:

1° El Gobierno Nacional, mediante el Decreto 1178 de 1994, declaró el estado de emergencia por el término de quince días "con el fin de conjurar y evitar la extensión de los efectos de la crisis producida" por el sismo que hubo en los Deportamentos de Huila y Cauca, el día 6 de junio de 1994.

2°. Con el objeto de tomar las medidas necesarias pora controlar la crisis mencionada, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1179 de 1994, por el cual se creó la Corporación pora Reconstrucción de la Cuenca del Río Páez y Zonas Aledañas - Corpopaeces -, denominación que fue sustituida, mediante el artículo 1°. del Decreto 1263 de 1994, por la de Corporación Nasa Kiwe.

El artículo 2° ibídem señaló las funciones de la mencionada corporación, en los siguientes términos:

"1. Financiar las actividades y obras que requiera la reconstrucción y rehabilitación social, económica y material de la población y de las zonas afectadas.

"2. Ejecutar directamente o a través de personas públicas o privadas planes y programas pora la reconstrucción y rehabilitación de la zona afectada, incluyendo proyectos productivos.

"3. Adquirir inmuebles mediante negociación voluntaria directa o mediante expropiación por la vía judicial o administrativa...

"4. Coordinar las actividades de construcción de vivienda, servicios públicos, equipamiento comunitario y otorgamiento de crédito y garantías que realicen las entidades públicas, en las regiones y pora las personas directamente afectadas.

"5. Recibir con destino a la comunidad y distribuir, directamente o por conducto de otras entidades, las donaciones nacionales y extranjeras que se efectúen pora conjurar la calamidad pública.

"6. Realizar las demás actividades necesarias pora el cumplimiento de los objetivos y funciones de la entidad".[1]

3°. El Gobierno, con fundamento en el estado de emergencia a que se ha hecho alusión, tomó medidas relativas a materias presupuestal, crediticia, fiscal, expropiatoria y de dotación de vivienda "pora atender las necesidades básicas de las personas afectadas y lograr la reconstrucción y rehabilitación de la zona", según reza la porte considerativa del Decreto 1178 de 1994.

Además, con el objeto de normalizar la situación social y económica de la zona del desastre, el Gobierno expidió el Decreto 1265 de 1994, por el cual dispuso el "castigo de las deudas por capital, intereses y gastos existentes al 6 de junio de 1994, a cargo de los productores privados en las zonas afectadas en los deportamentos del Huila y Cauca por el sismo ocurrido en la fecha citada, "de las cuales fueran acreedores los establecimientos bancarios oficiales que hacen porte del Sistema Nacional de Crédito Agropecuario. Esas obligaciones debían ser reembolsadas por la Nación con cargo al presupuesto nacional y con sujeción a las respectivas apropiaciones presupuestales.

Sin embargo, la Corte Constitucional, por sentencia de 25 de agosto de 1994, declaró inexequible el decreto mencionado porque consideró que no existía conexidad entre la declaratoria del estado de emergencia y las disposiciones del Decreto 1265 de 1994 y porque establecía "una discriminación", –prohibida por el artículo 13 de la C.P.–, entre quienes tienen obligaciones crediticias con bancos oficiales y con bancos privados".

En consecuencia, las disposiciones que regulaban la materia que es objeto de consulta perdieron vigencia por la referida declaración de inconstitucionalidad.

4°. Sin embargo, el Decreto 1179 de 1994, expedido por el Gobierno, atribuyó a la Corporación Nasa Kiwe la función de "Financiar las actividades y obras que requiera la reconstrucción y rehabilitación social, económica y material de la población y de las zonas afectadas" (artículo 2°, número 1), (la Sala subraya).

De donde se deduce que la mencionada corporación está facultada pora hacer los aportes necesarios tendientes a solucionar los graves problemas de las personas afectadas con el sismo. Como el artículo 355 de la Constitución Nacional prohíbe las donaciones o auxilios de las entidades públicas a los porticulares, el financiamiento de los damnificados debe efectuarse por medio de préstamos que se regirán por el reglamento de crédito que pora tal fin se expida.

De manera que las personas perjudicadas con la catástrofe y con obligaciones pendientes con las entidades bancarias oficiales, podrán solicitar créditos a la Corporación Nasa Kiwe pora cubrirlos, bajo las especiales condiciones relativas a intereses y plazas que al efecto se hayan prescrito.

Las facilidades de crédito y la posibilidad de cancelar las deudas adquiridas antes del desastre –que de otra manera no podrían ser pagadas–, permitirán a los afectados solucionar sus problemas económicos y a la población superar la calamidad, pora cuya solución se declaró la emergencia.

Con fundamento en las anteriores consideraciones,

LA SALA RESPONDE:

1° La Corporación Nasa Kiwe no puede subrogarse en las obligaciones de los deudores morosos de la Caja Agraria o de otras entidades financieras porque esto significaría asumir las deudas de los porticulares, sin ninguna contraprestación, con desconocimiento del artículo 355 de la Constitución Nacional.

La Corporación Nasa Kiwe, en lugar de subrogarse en las deudas de los afectados con el terremoto del 6 de junio de 1994, puede otorgarles créditos a largo plazo y con bajos intereses, que les permitan cancelar sus anteriores obligaciones con la Caja Agraria y con otras entidades financieras.

2°. Dentro de los objetivos de la Corporación Nasa Kiwe, se cuenta la posibilidad de conceder créditos a todos los afectados por el sismo.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a los señores Ministro de Gobierno y Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

Humberto Mora Osejo, Presidente; *Javier Henao Hidrón, Luis Camilo Osorio Isaza, Roberto Suárez Franco.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

CONSULTA NUMERO 688

(2 de junio de 1995)

EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO - Clasificación de empleados.

Los trabajadores oficiales se vinculan al servicio del Estado por contrato de trabajo, siempre y cuando la labor desempeñada consista en actividades de construcción y sostenimiento de obras públicas. Los estatutos de los establecimientos públicos precisarán qué actividades excepcionalmente pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo. las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado y en las sociedades de economía mixta donde el Estado sea mayoritario, son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos determinarán las actividades de dirección o confianza que se excluyen y que se deben desempeñar por empleados públicos. Los demás, son empleados públicos y se vinculan al servicio del Estado por relación legal y reglamentaria.

Autorizada su publicación el 14 de junio de 1995.

DESVINCULACION DE TRABAJADOR OFICIAL - Régimen aplicable.

La desvinculación del servicio de los trabajadores oficiales está sujeta a las normas que regulan sus relaciones laborales y a las estipulaciones contractuales; no es necesario suscribir contrato antes de dar por terminada la relación laboral. En el evento de que un trabajador oficial haya sido vinculado por relación legal y reglamentaria, debe entenderse que se utilizó un procedimiento equivocado que no altera la circunstancia de que en realidad se trata de un trabajador oficial.

Autorizada su publicación el 14 de junio de 1995.

TRABAJADOR OFICIAL QUE CUMPLE FUNCIONES DE EMPLEADO PUBLICO - Régimen aplicable.

Los trabajadores oficiales que han pasado a desempeñar funciones de empleado público y han adquirido este nuevo estatus están sometidos al

régimen jurídico de los empleados públicos. Si no están en la carrera administrativa por necesidades del servicio pueden ser servidores sin derecho a indemnización.

Autorizada su publicación el 14 de junio de 1995

FUERO SINDICAL - Trabajador oficial / SUPRESION DE EMPLEO DE EMPLEADO PUBLICO CON FUERO SINDICAL - Traslado a cargo equivalente / SUPRESION DE EMPLEO DE EMPLEADO DE CARRERA CON FUERO SINDICAL - Indemnización.

Los trabajadores oficiales con fuero no pueden ser desmejorados en sus condiciones laborales sino cuando exista "justa causa, previamente calificada por el juez de trabajo". En las mismas condiciones se encuentran los empleados públicos, pero a su respecto, como quiera que la ley no ha señalado el procedimiento pertinente a esta materia, cuando se trate de supresión de empleos, deberán trasladarse a otros equivalentes si fuere posible de manera que no se altere su condición laboral, sin perjuicio del evento cuando coincidan en un mismo funcionario la existencia de fuero y carrera en cuyo caso los beneficios que a estos corresponden se aplican plenamente, incluida la alternativa de la indemnización. Las indemnizaciones para la terminación del contrato de trabajo se tasan de conformidad con los artículos 42 y 50 del Decreto 2127 de 1945, así: las de contratos a término definido con el pago de los salarios correspondientes al tiempo que falta para cumplir el plazo pactado. los empleados públicos sindicalizados a quienes se suprima el empleo y no estén en la carrera administrativa no tienen derecho a las indemnizaciones que se hubieren pactado en las convenciones colectivas. La indemnización por terminación del contrato de los trabajadores oficiales, se debe cancelar en forma previa o simultánea a la conclusión de la relación laboral.

Autorizada su publicación el 14 de junio de 1995.

Santa Fe de Bogotá, D. C., dos (2) de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: *Luis Camilo Osorio Isaza.*

Referencia: Radicación número 688.

Consulta sobre empleados y trabajadores de entidades públicas del orden municipal.

El Señor Ministro de Gobierno ha formulado a la Sala la siguiente consulta:

1. ¿Qué empleados oficiales municipales son legalmente susceptibles de ser vinculados por contrato de trabajo?

2. En el evento de que un trabajador oficial haya sido vinculado por relación legal y reglamentaria y se piense prescindir de sus servicios, ¿es menester primero que se suscriba contrato de trabajo?

3. ¿Los trabajadores oficiales que han pasado a desempeñar funciones de empleados públicos, si no están en la carrera administrativa, tienen derecho a indemnizaciones?

4. ¿Qué trabajadores oficiales gozan de fuero sindical y qué alcance tiene ese fuero respecto del proceso de reducción de los empleados oficiales de un municipio?

5. ¿Cómo se tasan las indemnizaciones para la terminación del contrato de trabajo?

6. ¿Los empleados públicos sindicalizados, a quienes se les suprima el empleo y no estén en la carrera administrativa, tienen derecho a las indemnizaciones que se hubieren pactado en las convenciones colectivas?

7. ¿De ser procedente las indemnizaciones a los trabajadores oficiales, dentro de qué término deben serles pagadas?

LA SALA CONSIDERA:

Vinculación por contrato al servicio público.

Al género empleados oficiales corresponde las siguientes especies: empleados públicos y trabajadores oficiales.

A nivel municipal –lo mismo que en el régimen nacional y departamental– existe vinculación por contrato de trabajo únicamente para los denominados trabajadores oficiales.

Los empleados públicos son personas que se vinculan laboralmente a la administración pública por una relación legal y reglamentaria; los trabajadores oficiales se vinculan por contratos de trabajo.

Las disposiciones sobre clasificación están contenidas en los artículos 42 y 43 de la Ley 11 de 1986 que fueron reproducidos por el artículo 292 del Decreto-ley 1333 de 1986 (Código de Régimen Municipal), cuyo texto señala:

"Los servidores municipales son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. En los estatutos de los establecimientos públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo.

Las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales y en las sociedades de economía mixta municipales con participación estatal

mayoritaria son trabajadores oficiales. Sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos".

En síntesis, las personas que prestan sus servicios en la administración municipal son empleados públicos si la actividad es distinta de la construcción y sostenimiento de las obras públicas; estas actividades son desempeñadas por trabajadores oficiales, que se vinculan mediante contrato.

En los estatutos de los establecimientos públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo y las empresas industriales y comerciales del Estado (lo mismo que las empresas de economía mixta con mayoría estatal), donde en general son trabajadores oficiales sus estatutos determinan las actividades de dirección o confianza que deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos.

Régimen de vinculación al servicio público para el trabajador oficial.

Existen dos regímenes distintos de vinculación a la administración municipal, según expresó la Sala en el punto anterior: contrato de trabajo para los trabajadores oficiales y por vinculación legal y reglamentaria, para los empleados públicos.

Si la persona vinculada lo hace por contrato, el estatuto del trabajador oficial se le aplica durante todo el tiempo que permanezca; su desvinculación se rige por la convención colectiva, si la hubiere y por la legislación correspondiente a la contratación oficial, contenida en la Ley 6ª de 1945, el Decreto 2127 del mismo año y el Decreto-ley 1333 de 1986, cuyo artículo 293 prescribe:

"Los empleados públicos se rigen por las normas de la ley y las demás disposiciones que, en desarrollo de ésta, dicten las autoridades municipales competentes. Los trabajadores oficiales, por la ley, las cláusulas del respectivo contrato y la convención colectiva de trabajo, si la hubiere."

La sentencia de 27 de julio de 1971 del Consejo de Estado resolvió que "es nulo el artículo 6o. del Decreto Reglamentario 1848 de 4 de noviembre de 1969 en cuanto ordena que el contrato con los trabajadores oficiales se regirá por las normas que regulan la materia en el Código Sustantivo del Trabajo y demás disposiciones que lo adicionan y lo reforman".

El artículo 492 del Código Sustantivo del Trabajo mantuvo la vigencia de las normas anteriores a ese estatuto que regulan, entre otros, el derecho individual del trabajo en cuanto se refiere a los trabajadores oficiales.

En consecuencia, los contratos de trabajo de los trabajadores oficiales no se rigen por el Código Sustantivo del Trabajo sino por las normas especiales citadas, las cláusulas del respectivo contrato y la convención colectiva de trabajo, si la hubiere.

Por otra parte, el contrato de trabajo puede celebrarse por tiempo determinado, el requerido para la realización de una obra o labor determinada, para ejecutar un trabajo ocasional, accidental o transitorio, y por término indefinido el cual se entenderá que es de seis (6) meses y se prorroga automáticamente por períodos iguales "por el solo hecho de continuar el trabajador prestando sus servicios al patrono, con su consentimiento expreso o tácito, después de la expiración del plazo presuntivo". (Decreto 2127 de 1945, artículos 4º, 13, 40 y 43).

Si la modalidad es de contrato, se debe aplicar el régimen correspondiente a los trabajadores oficiales con todas las consecuencias.

Además, la circunstancia de que un trabajador oficial haya sido vinculado por relación legal y reglamentaria no afecta la realidad de que su régimen laboral es el correspondiente al de contrato de trabajo, habida cuenta de que es el previsto por la Ley para las personas que laboran en la construcción o en el sostenimiento de las obras públicas, o se trata de los expresamente señalados en los estatutos de los establecimientos públicos, o de los no excluidos expresamente en los de las empresas industriales y comerciales, o en sociedades de economía mixta con participación mayoritaria de entidades públicas (artículo 292 del Decreto 1333 de 1986); este criterio, por lo demás se apoya en el artículo 53 de la Constitución Política, que al tratar los principios fundamentales reguladores del Estatuto del Trabajo, señala entre ellos la "primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales" lo cual destaca el contrato realidad sobre la formalidad contractual utilizada.

Bajo los presupuestos anteriores, siendo la función o actividad la que determina el régimen aplicable a quien está vinculado con el Estado, no es necesario que al momento de concluir la relación laboral, si hasta entonces el contrato no consta por escrito, se deba suscribir para darlo por terminado.

En ese caso, si el trabajador oficial estuvo vinculado aparentemente por otro género de relación jurídica –legal o reglamentaria– no se sustituye la realidad jurídica del contrato.

Desvinculación de los empleados públicos que no pertenecen a la carrera.

La Constitución Política determina en el artículo 125 la carrera como norma general de vinculación de los servidores al Estado y únicamente excluye a los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de período y los trabajadores oficiales.

De otro lado, el trabajador oficial, una vez concluida la relación contractual y las tareas que a ella corresponden, puede ser vinculado como funcionario público y por tal motivo las disposiciones legales y consecuencias laborales son las aplicables a cada vinculación. El respectivo régimen rige durante la correspondiente vinculación y se aplica también para cuando concluya la relación.

Los empleados públicos de la administración, que no pertenezcan a la carrera, pueden ser desvinculados del cargo por necesidades del servicio sin generar derecho a indemnización.

También hay lugar a retirar a un funcionario de la carrera sin indemnización, debido a calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo o por destitución en el evento de violación del régimen disciplinario.

Conviene precisar que la supresión del empleo es una de las causales de retiro del servicio para los funcionarios de carrera y debe ceñirse a la regulación especial del artículo 8 de la Ley 27 de 1992 que en su inciso primero dispone:

"Los empleados inscritos en el escalafón de la carrera administrativa pueden acogerse a las anteriores condiciones en caso de que sus cargos sean suprimidos".

Tal opción está reglamentada por el Decreto 1223 de 1993, donde se consigna la tabla en la que se tiene en cuenta el tiempo de servicio al Estado, o las opciones de tratamiento preferencial para ser nombrado en otro cargo.

Dice el artículo 1°. del decreto:

"Los empleados pertenecientes a los diferentes órganos y entidades del Estado a quienes se les aplica la Ley 27 de 1992, incluidos los del Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, inscritos en el escalafón de la carrera administrativa cuyos empleos sean suprimidos por la autoridad competente, con motivo de la reorganización de una dependencia, órgano o entidad o del traslado de funciones a otros organismos, y que en razón de ellos sean retirados del servicio, siempre y cuando no opten por el derecho preferencial a ser revinculados, en los términos del artículo 3° del presente decreto, tendrán derecho a percibir una indemnización de acuerdo con la siguiente tabla:

1. Si el empleado tuviere menos de un (1) año de servicios continuos se les pagarán cuarenta y cinco (45) días de salario;

2. Si el empleado tuviere un (1) año o más de servicios continuos y menus de cinco (5), se le pagarán cuarenta y cinco (45) días de salario por el primer año y quince (15) días para cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero, y proporcionalmente por meses cumplidos;

3. Si el empleado tuviere cinco (5) años o más de servicios continuos y menos de diez (10) años, se le pagarán cuarenta y cinco (45) días de salario por el primer año y veinte (20) días por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero, y proporcionalmente por mesas cumplidos;

4. Si el empleado tuviere diez (10) años o más de servicios continuos, se le pagarán cuarenta (45) días de salario por el primer año y cuarenta (40) días por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero, y proporcionalmente por mesas cumplidos".

Sin embargo, la Sala reitera que el retiro, por razones del servicio, de empleados públicos que no pertenecen a la carrera, no da lugar a indemnización alguna, hayan estado vinculados o no con carácter de trabajadores oficiales.

Fuero sindical de los trabajadores oficiales frente a la reducción de empleos.

La Constitución Política consignó en el artículo 39 el derecho a los trabajadores –y a los empleadores– para constituir sindicatos y reconoció "a los representantes sindicales el fuero y las demás garantías necesarias". Unicamente excluyó a los miembros de la fuerza pública.

El fuero sindical, comprende a los empleados públicos y trabajadores oficiales que se encuentren en las condiciones del artículo 406 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 57 de la Ley 50 de 1990.

Respecto de los sindicatos de trabajadores oficiales, según el artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo, estos "tienen todas las atribuciones de los otros sindicatos de trabajadores" lo cual implica que cuando sus miembros gozan de fuero sindical se hallan amparados por la garantía de,

> "... no ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto, sin justa causa previamente calificada por juez de trabajo". (Artículo 406 C.S.T., modificado artículo 7° de la Ley 50 de 1990).

La Corte Constitucional declaró, por una parte, exequibles los artículos 414 y 416 del Código Sustantivo del Trabajo, y 58 de la Ley 50 de 1990 que permite a los empleados oficiales constituir asociaciones sindicales, consignándose en el fallo correspondiente (Sentencia / C-110, de 10 de marzo de 1994) la salvedad de que la excepción del artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo contenida en la expresión "aun cuando no puedan declarar o hacer la huelga", cuando se refiere a los sindicatos de trabajadores oficiales, se aplica únicamente a los que laboren para entidades encargadas de prestar servicios públicos que la ley califique como esenciales.

En estas condiciones los trabajadores oficiales gozan de fuero sindical en los términos del artículo 406 del Código Sustantivo del Trabajo.

Los sindicatos de empleados públicos, no pueden presentar pliegos de peticiones ni celebrar convenciones colectivas, en concordancia con el mismo pronunciamiento. De otro lado, la misma Corte Constitucional ya había declarado inexequible el artículo 409 del Código Laboral que excluía del fuero sindical a los empleados públicos (sentencia C-593/93).

Así, la garantía que implica el fuero sindical para algunos trabajadores "de no ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos..." (artículo 405 C.S.T.) no es posible desconocerla a los empleados públicos quienes, situados frente a la necesidad de la administración de suprimir algunos cargos, no podrán ser desmejorados por la ausencia de un Juez que, determinando una causa justa, autorizara el despido. En consecuencia, si por fuerza de una reorgani-

zación administrativa se eliminaran algunos empleos que estuvieran ocupados por empleados públicos sindicalizados, éstos deberán ser trasladados a otros cargos equivalentes, si ello fuere posible y sin alterar su condición laboral. Y ello por cuanto "la situación más favorable al trabajador en caso de duda" se impone en el derecho laboral por mandato superior (artículo 53 C.P.) y obliga a obrar de este modo hasta tanto la ley señale competencia sobre la materia. En caso de no ser posible el traslado, prevalece el principio de la función pública sobre el beneficio del fuero.

En todo caso, cuando en un mismo empleado coinciden las circunstancias de fuero y carrera, las garantías establecidas para estos, se aplican plenamente existiendo en este caso, tanto la opción del traslado como la de indemnización.

En lo que atañe a los trabajadores oficiales que gozan de fuero, éstos se encuentran amparados plenamente por tal garantía ya que el artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo señala expresamente que "los sindicatos de los demás trabajadores oficiales tienen todas las atribuciones de los otros sindicatos de trabajadores". De tal modo, en este caso, el artículo 405 del Código Sustantivo del Trabajo se aplica de manera que, las controversias que surjan en relación con el fuero sindical respecto de la justa causa se califican, previamente a cualquier determinación, por el juez del trabajo.

Aplicación de las convenciones colectivas a los empleados públicos.

Según los términos del artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo, "los sindicatos de empleados públicos no pueden presentar pliegos de peticiones ni celebrar convenciones colectivas", luego tampoco pueden gozar de sus beneficios ya que no se les permite participar en ellas.

El anterior criterio fue expresado por la Sala en los siguientes términos:

> "Los empleados públicos realizan unas funciones con derecho a percibir una remuneración y unas prestaciones prescritas por la ley. Las convenciones colectivas de trabajo, según se ha expuesto, no pueden ser celebradas por los empleados públicos, sino exclusivamente, por los trabajadores oficiales. Por consiguiente, en las mismas sólo pueden estipularse prestaciones superiores a las prescritas por la ley para los trabajadores oficiales, no para los empleados públicos, a los cuales, por lo mismo, no es posible aplicarles una convención colectiva de trabajo 'por simple solidaridad'".(concepto de 10 de septiembre de 1987, radicación número 146).

La Sala reitera su criterio para señalar que no hay lugar, conforme a la ley, a extender los efectos de las convenciones a los empleados públicos.

Tasación y pago de indemnizaciones por terminación del contrato de trabajo.

El contrato de trabajo por regla general, termina por una de las causales establecidas en la ley.

Sin embargo podría dar lugar a generar efectos sujetos a proceso judicial.

El artículo 47 del Decreto 2127 de 1945 estableció las siguientes causales de terminación del contrato:

"a) Por expiración del plazo pactado o presuntivo;

b) Por realización de la obra contratada, aunque el plazo estipulado fuese mayor;

c) Por la ejecución del trabajo accidental, ocasional o transitorio;

d) Por mutuo consentimiento;

e) Por muerte del asalariado;

f) Por liquidación definitiva de la empresa, o por clausura o suspensión total o parcial de sus actividades durante más de 120 días, por razones técnicas o económicas, siempre que se haya dada el aviso de que trata el ordinal 3°. del artículo 44 o que se haya pagado un mes de salarios, sin perjuicio de los derechos emanados de contratos a término fijo;

g) Por decisión unilateral en los casos previstos en los artículos 16, 48, 49, 50;

h) Por sentencia de autoridad competente"

Respecto del contrato a término fijo señala el artículo 50 del Decreto 2127 de 1 945:

"Art. 50. También podrán las partes reservarse la facultad de determinar (sic) unilateralmente cualquier contrato de trabajo, mediante aviso dado a la otra con una antelación que no podrá ser inferior al período que, de conformidad con el contrato o el reglamento interno, o con la costumbre de la región, regule los pagos de salario. Esta reserva sólo será válida cuando conste por escrito, ya en el contrato individual, ya en la convención colectiva si la hay, o ya en el reglamento interno de trabajo aprobado por las autoridades del ramo, y siempre que la facultad se otorgue a ambas partes en idéntica forma. Podrá prescindirse del aviso, pagando los salarios correspondientes al mismo período".

LA SALA RESPONDE:

1. Los trabajadores oficiales se vinculan al servicio del Estado por contrato de trabajo, siempre y cuando la labor desempeñada consista en actividades de construcción y sostenimiento de obras públicas.

Los estatutos de los establecimientos públicos precisarán qué actividades excepcionalmente pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo.

Las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del estado y en las sociedades de economía mixta donde el Estado sea mayoritario, son trabajadores oficiales; sin embargo los estatutos determinarán las actividades de dirección o confianza que se excluyen y que se deben desempeñar por empleados públicos.

Los demás, son empleados públicos y se vinculan al servicio del Estado por relación legal y reglamentaria.

2. La desvinculación del servicio de los trabajadores oficiales está sujeta a las normas que regulan sus relaciones laborales y a las estipulaciones contractuales; no es necesario suscribir contrato antes de dar por terminada la relación laboral. En el evento de que un trabajador oficial haya sido vinculado por relación legal y reglamentaria, debe entenderse que se utilizó un procedimiento equivocado que no altera la circunstancia de que en realidad se trata de un trabajador oficial.

3. Los trabajadores oficiales que han pasado a desempeñar funciones de empleado público y han adquirido este nuevo estatus están sometidos al régimen jurídico de los empleados públicos. Si no están en la carrera administrativa por necesidades del servicio pueden ser servidores sin derecho a indemnización.

4. Los empleados oficiales sindicalizados gozan de fuero sindical así:

Los trabajadores oficiales con fuero no pueden ser desmejorados en sus condiciones laborales sino cuando exista "justa causa, previamente calificada por el juez de trabajo".

En las mismas condiciones se encuentran los empleados públicos, pero a su respecto, como quiera que la ley no ha señalado el procedimiento pertinente a esta materia, cuando se trate de supresión de empleos, deberán trasladarse a otros equivalentes si fuere posible de manera que no se altere su condición laboral, sin perjuicio del evento cuando coincidan en un mismo funcionario la existencia de fuero y carrera en cuyo caso los beneficios que a éstos corresponden se aplican plenamente, incluida la alternativa de la indemnización.

5. Las indemnizaciones para la terminación del contrato de trabajo se tasan de conformidad con los artículos 42 y 50 del Decreto 2127 de 1945, así:

Las de contratos a término indefinido con el previo pago de un mes de salario.

Las de contratos a término definido con el pago de los salarios correspondientes al tiempo que falta para cumplir el plazo pactado.

6. Los empleados públicos sindicalizados a quienes se suprima el empleo y no estén en la carrera administrativa no tienen derecho a las indemnizaciones que se hubieren pactado en las convenciones colectivas.

7. La indemnización por terminación del contrato de los trabajadores oficiales, se debe cancelar en forma previa o simultánea a la conclusión de la relación laboral.

Transcríbase en sendas copias auténticas, a los señores Ministro de Gobierno y Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

Humberto Mora Osejo, Presidente, con salvamento de voto; *Javier Henao Hidrón, Luis Camilo Osorio Isaza, Roberto Suárez Franco.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

FUERO SINDICAL - Empleado de carrera / PROCESO DE DESAFUERO - Requisito para suprimir el empleo (Salvamento de Voto).

Las facultades del Presidente de la República, de los gobernadores y alcaldes, prescritas por la Constitución, para "crear, suprimir o fusionar empleos" en la correspondiente entidad administrativa (artículos 189, numeral 14, 305, numeral 5° y 315, numeral 7° de la Carta), deben ejercerse en armonía con las demás disposiciones de la Constitución, entre las cuales se cuenta el artículo 39, que reconoce fuero sindical a los empleados y trabajadores oficiales en los casos determinados por el artículo 406 del Código Sustantivo del Trabajo: la Constitución obliga a surtir previamente el proceso de desafuero del empleado y, con fundamento en la sentencia ejecutoriada que lo disponga, proceder, si se estima conveniente, a suprimir el empleo. Para suprimir un empleo es necesario, como requisito indispensable, surtir el juicio o proceso de desafuero con la finalidad indicada y obrar de conformidad con la decisión judicial que autorice o deniegue el desafuero.

Autorizada su publicación el 14 de junio de 1995.

Salvamento de Voto: *Humberto Mora Osejo*

SALVAMENTO DE VOTO

Radicación número 688

Referencia: Consulta formulada por el señor Ministro de Gobierno, relacionada con la vinculación de los servidores municipales y el procedimiento para su desvinculación.

No comparto el concepto mayoritario por las siguientes razones:

1. El artículo 39 de la Constitución "reconoce a los representantes sindicales el fuero y las demás garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión". Esta disposición constitucional subrogó, en consecuencia, el artículo 409 del Código Sustantivo del Trabajo que disponía que no gozan de fuero sindical "los trabajadores que sean empleados públicos" y "los trabajadores oficiales y particulares que desempeñan puestos de dirección, de confianza o de manejo". Sin embargo, la Corte Constitucional, me-

diante Sentencia número C-593 de 1993, declaró Inconstitucional el artículo 409 del Código Sustantivo del Trabajo. De manera que los empleados trabajadores oficiales que se encuentren en cualquiera de las situaciones contempladas por el artículo 406 del Código Sustantivo del Trabajo, gozan de fuero sindical.

2. El fuero sindical es una garantía del derecho de asociación para hacer posible que el sindicato cumpla autónomamente las tareas que le incumben y no sea interferido por el patrono con medidas que, como el cambio, el traslado o la suspensión del trabajador amparado por el fuero, atenten contra su independencia e impidan el cumplimento de la finalidad que le asignan la Constitución y la ley. De manera que, a diferencia del criterio mayoritario, considero que el fuero sindical, reconocido por el artículo 39 de la Constitución como un "derecho fundamental", es completamente distinto del derecho del empleador o trabajador oficial a permanecer en el servicio a volver a él o a percibir una indemnización compensatoria. En consecuencia, no es aplicable al caso objeto de consulta, la Ley 27 de 1992.

3. Si un empleado está amparado con el fuero sindical, según el artículo 39 de la Constitución, para suprimir el cargo es menester surtir previamente el proceso de desafuero, prescrito por el Código de Procedimiento Laboral, a saber:

a) El artículo 2° del Código de Procedimiento Laboral atribuye a la Jurisdicción del mismo nombre el conocimiento, entre otras materias, "de los asuntos sobre fuero sindical" que tienen por objeto definir jurisdiccionalmente, si procede o no el desafuero, es decir si se pone o no término a todos los efectos o garantías del fuero;

b) En el caso que es objeto de consulta, el proceso de desafuero debe versar sobre si procede o no el desafuero del empleado para poder suprimir el empleo: de lo contrario, con el criterio que sustenta la mayoría, no obstante el artículo 39 de la Constitución y la sentencia de la Corte Constitucional número C-593 de 1993, que declaró Inconstitucional el artículo 409 del Código Sustantivo del Trabajo, se haría nugatorio el fuero sindical del empleado, como si la mencionada disposición constitucional no estuviera vigente y la referida sentencia no se hubiera proferido: la administración, para suprimir el empleo, en ejercicio de sus facultades administrativas, previamente debe acatar el artículo 39 de la Constitución y la referida decisión de la Corte Constitucional, promoviendo el proceso de desafuero ante el juez competente de la jurisdicción laboral: sólo la sentencia ejecutoriada de la jurisdicción laboral que disponga el desafuero del empleado, le permitiría a la administración, en ejercicio de su competencia, suprimir el empleo;

c) En este caso específico, el aspecto de fondo del proceso o juicio de desafuero radica en verificar procesalmente si el proyecto de supresión del empleo se funda o no en la necesidad del servicio y, por ende, si ella implicaría o no desviación de poder: ésta consistiría en suprimir el empleo para prescindir de la persona que lo ejerza amparada con el fuero sindical. Se trata de Impedir que a fuer de suprimir el empleo se socave al empleado protegido por el fuero;

d) De manera que las facultades del Presidente de la República, de los gobernadores y alcaldes, prescritas par la Constitución, para "crear, suprimir o fusionar empleos" en la correspondiente entidad administrativa (artículos 189, numeral 14, 305, numeral 5°, y 315, numeral 7°, de la Carta), deben ejercerse en armonía con las demás disposiciones de la Constitución, entre las cuales se cuenta el artículo 39, que reconoce fuero sindical a los empleados y trabajadores oficiales en los casos determinados por el artículo 406 del Código Sustantivo del Trabajo: la Constitución obliga a surtir previamente el proceso de desafuero del empleado y con fundamento en la sentencia ejecutoriada que lo disponga proceder, si se estima conveniente, a suprimir el empleo;

e) La Constitución, como se ha indicado, "reconoce a los representantes sindicales el fuero y las demás garantías necesarias para el cumplimento de su gestión". En consecuencia, de conformidad con el artículo 2° del Código de Procedimiento Laboral, para suprimir un empleo es necesario como requisito indispensable, surtir el juicio o proceso de desafuero con la finalidad indicada y obrar de conformidad con la decisión judicial que autorice o deniegue el desafuero. De manera que este requisito no puede obviarse o sustituirse, como afirma el concepto mayoritario, con el traslado del empleado a otro cargo, sin que esté autorizado expresamente por la Constitución: sólo el proceso de desafuero, que la mayoría desecha, garantiza la plena vigencia del artículo 39 de la Carta Política.

En conclusión, considero que la Sala debió responder que, de conformidad con el artículo 39 de la Constitución, no es posible suprimir un empleo amparado por fuero especial sin que antes se surta el proceso de desafuero y que éste se disponga mediante sentencia ejecutoriada del juez competente de la jurisdicción laboral.

Fecha, *ut supra*.

Humberto Mora Osejo.

CONSULTA NUMERO 692

(2 de junio de 1995)

FONDO NACIONAL DE FINANCIACION DE PARTIDOS Y MOVIMIENTOS POLITICOS - Destinación de recursos / FINANCIACION DE LAS CAMPAÑAS POLITICAS - Auditoría externa.

La Registraduría Nacional del Estado Civil no puede registrar el valor equivalente al 10% previsto en el ordinal c) del artículo 12 del Estatuto Básico de los Partidos y Movimientos Políticos correspondiente a los recursos del Fondo Nacional de Financiación de partidos y campañas electorales, para cancelar los costos de la contratación de la auditoría externa, contemplada en el inciso 2° del artículo 49 de la Ley 130 de 1994. Por el contrario, el artículo 49 de la Ley 130 de 1994, es categórico, en el sentido de prescribir que el costo de la auditoría externa, corresponde a los partidos y movimientos beneficiarios de sufragar dichos costos en proporción al monto de lo recibido. NOTA DE RELATORIA: La consulta del registro tiene en cuenta la Sentencia C-089/94 de la Corte Constitucional en la cual se declaró inexequible el literal c) inciso 3°, artículo 12 de la Ley 130 de 1994 sobre la destinación del 10% que excluyó parte del artículo original aprobado en el Congreso.

Autorizada la publicación con Oficio número 236 de 14 de junio de 1995.

Consejero Ponente: Doctor *Luis Camilo Osorio Isaza.*

Santa Fe de Bogotá, D. C., dos (2) de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Radicación número 692.

Referencia: Consulta formulada por el Ministro de Gobierno con destino a la Registraduría Nacional del Estado Civil sobre la posibilidad de destinar el 10% del Fondo de Financiamiento de los partidos y movimientos políticos para la contratación de la auditoría externa.

El Ministro de Gobierno, a solicitud del Registrador Nacional del Estado Civil, consulta a la Sala si el 10% de los recursos del Fondo creado por la Ley 130 de 1994

en el artículo 12, inciso 3° letra c) para contribuir al financiamiento de los partidos y movimientos políticos con personería jurídica o con representación en el Congreso, puede utilizarse en la contratación de la auditoría externa consagrada en el inciso 2° del artículo 49 de la misma ley.

La pregunta se plantea en el contexto de la declaratoria de inexequibilidad decretada por la Corte Constitucional mediante Sentencia número C-089/94 respecto de la destinación de los recursos señalados del 10% que excluyó parte del artículo original aprobado por el Congreso Nacional.

Antecedentes constitucionales

La Carta Política estableció la financiación del funcionamiento y de las campañas electorales de los partidos y movimientos políticos con personería jurídica, beneficio que extendió a los demás partidos, movimientos y grupos significativos de ciudadanos que postulen candidatos siempre que obtengan el porcentaje de votación que señale la ley (art. 109 C.P.).

De otro lado, la Constitución determinó la prohibición para intervenir en los asuntos internos de los partidos con el siguiente texto:

Art. 108.

...

En ningún caso podrá la ley establecer exigencias en relación con la organización interna de los partidos y movimientos políticos..."

La propia Constitución también señaló facultades a la ley para establecer límites en el monto de los gastos que los partidos, movimientos y candidatos puedan realizar en las campañas electorales, "así como la cuantía de las contribuciones individuales" (art. 109 C.P.).

Agrega la norma que,

"Los partidos, movimientos y candidatos deberán rendir públicamente cuentas sobre el volumen, origen y destino de sus ingresos" (*Ibidem* inciso 2°).

Estatuto básico de los partidos y movimientos

En desarrollo de los preceptos constitucionales, el Congreso tramitó el proyecto de ley que se convirtió en el Estatuto Básico de los partidos y movimientos (Ley 130 de 1994) que reemplazó la Ley 58 de 1985 sobre la misma materia.

La Ley 130 citada, en el Título IV sobre financiación estatal y privada, regula entre otras materias la financiación de partidos, movimientos, sus campañas y la constitución del Fondo previsto en el artículo 12, parte de cuya aplicación constituye el objeto de la consulta.

El Estatuto básico de los partidos y movimientos, sobre esta materia dispone:

> **"Art. 38. Fondo Nacional de Financiación de partidos y campañas electorales.**
>
> Créase el Fondo Nacional de Financiación de partidos y campañas electorales, sin personería jurídica, como sistema especial de cuentas adscrito al Consejo Nacional Electoral.
>
> El patrimonio del Fondo estará integrado por los recursos que asigne el Estado para la financiación de los partidos, de los movimientos o de las campañas electorales, y por las demás sumas previstas en la presente ley.
>
> La administración del Fondo será competencia del Consejo Nacional Electoral y la ordenación del gasto corresponderá al Registrador Nacional del Estado Civil".

CONSIDERA LA SALA:

La Corte Constitucional, al realizar la revisión constitucional del Proyecto de Ley Estatutaria número 11 de 1992 Cámara y 348 de 1993 Senado, "por la cual se dicta el Estatuto Básico de los Partidos y Movimientos Políticos, se dictan normas sobre su financiación y la de las campañas electorales y se dictan otras disposiciones", resolvió:

> "Declarar *exequible* el artículo 12 salvo los siguientes apartes que se declaran *inexequibles*: En el literal c) el aparte que dice: ... para las organizaciones femeninas, juveniles, indígenas, de negritudes, y de discapacitados físicos, sindicatos y organizaciones dentro de sus partidos y movimientos...; el literal d) en la parte que dice: restante, siguientes y así: y los numerales 1 a 9; la referencia al c) y la segunda frase del parágrafo 1°, que reza:... Estos deberán destinar una proporción no inferior al 70% de dichas sumas para mantener en funcionamiento sus estructuras regionales y locales...; la frase:... e indicará la forma como los partidos y movimientos deberán acreditar el cumplimiento de las actividades allí previstas y del número de afiliados. (Las rayas fuera de texto) (Sentencia C-089/94).

Como consecuencia de lo anterior, el artículo 12 de la Ley 130 de 1994 es del siguiente tenor:

> **"Artículo 12.** *Financiación de los partidos.* El Estado financiará el funcionamiento de los partidos y movimientos políticos con personería jurídica o con representación en el Congreso, mediante la creación de un fondo que se constituirá anualmente con un aporte de $150 por cada ciudadano inscrito en el censo electoral nacional. Al fondo se incorporará también el producto de las multas a las que se refiere la presente ley.
>
> En ningún caso este fondo será inferior a 2.400.000.000 de pesos.

El Consejo Nacional Electoral distribuirá los dineros de dicho fondo de acuerdo con los siguientes criterios:

a) Una suma básica fija equivalente al 10% del fondo distribuida par partes iguales entre todos los partidos y movimientos políticos;

b) El 50% entre los partidos y movimientos en proporción al número de curules obtenidas en la última elección para el Congreso de la República o para Asamblea Departamentales, según el caso;

c) El 10%;

d) El 30% para contribuir a las actividades que realicen los partidos y movimientos para el cumplimiento de sus fines y el logro de sus propósitos.

...".

En cuanto a la materia de la que prescindió la Corte en el ordinal c) al compararlo con el texto original, éste decía:

"El 10% para las organizaciones femeninas, juveniles, indígenas, de negritudes, y de discapacitados físicos, sindicatos y organizaciones dentro de sus partidos y movimientos";

Las razones que le asistieron a la Corte para eliminar el texto transcrito y varios más, se consignan, así:

"La gestión de las finanzas, de una organización política está íntimamente ligada a su estrategia y plan de acción y mal puede, por ende, condicionarse desde afuera. Si el Estado ha decidido, por las razones expuestas, apoyar financieramente la actividad política, ello ha obedecido a los motivos expresados, que son ajenos a un propósito soterrado suyo de controlar el sentido de una variable propia de su manejo interno. Así aparezcan a primera vista plausibles los derroteros de gasto que traza la norma, lo cierto es que interviene el Estado en una órbita que le está vedada par la Carta Política. De otra parte, la contribución pública a la financiación de los partidos y movimientos políticos (actividad política) no puede confundirse con el subsidio a sectores específicos de la población: organizaciones femeninas, negritudes, discapacitados físicos, etc., o extenderse a éstos, menos todavía si se tiene presente que la ley estatutaria sobre organización y régimen de los partidos y movimientos de este modo se convertiría en subterfugio para decretar un género de auxilios constitucionalmente prohibidos (C.P. art. 355)". ...El porcentaje al cual alude el literal c), de conformidad con lo señalado en esta sentencia sobre libertad organizativa interna de los partidos y movimientos políticos tendrá la destinación que en el futuro indique el legislador" (Las rayas fuera del texto) (Sentencia C-089/94).

El texto del artículo 12 de la Ley 130 ordena distribuir los dineros del fondo entre los beneficiarios (partidos y movimientos) indicando para cada porción distintos criterios:

En el ordinal a) para un 10%..., "por partes iguales entre todos..."; en el ordinal b) para el 50%, se aplica "la proporción al número de curules ..."; el d) para el 30% indica en su parágrafo 2 que se debe consultar el "número de votos obtenidos en la elección anterior para la Cámara de Representantes".

Sin embargo, ni antes de la sentencia de la Corte Constitucional ni con la redacción resultante por efecto de la providencia judicial, existió ni existe criterio para la distribución del 10% contemplado en el ordinal c).

Al declararse inexequible dicho aparte el destino que el proyecto de ley le otorgaba a un 10% del fondo de financiación de los partidos y movimientos políticos y las referencias que el estatuto hacía a tal suma, ésta quedó congelada (aunque se repite, allí se refirió el proyecto, no a la distribución sino a las organizaciones pertenecientes a los partidos y movimientos a quienes podría entregarse parte de este 10%, pero no señaló ni dio criterios para su reparto).

La Sala coincide con el criterio expuesto par la Corte Constitucional, en providencia cuyo texto se subrayó, para concluir que este porcentaje sólo podrá tener el destino que señale el legislador, cuestión que aún no se ha realizado.

Pero debe advertirse en todo case que la ley no podrá señalar como destino el pago de la auditoría externa, mientras el estatuto de los partidos continúe vigente en la disposición que señala a cargo de los beneficiarios su pago, como se analiza enseguida.

El pago de la auditoría externa

Por otra parte, el artículo 49 de la Ley 130 de 1994 estableció el sistema de auditoría externa aplicable a los partidos, movimientos y candidatos que reciban auxilios del fondo de financiamiento, así:

> **"Artículo 49.** *Auditoría interna y externa.* Los partidos, movimientos o candidatos, que reciban aportes del Estado para financiar su sostenimiento o sus campañas electorales, deberán crear y acreditar la existencia de un sistema de auditoría interna a su cargo. Sin perjuicio de las sanciones establecidas en otras disposiciones legales, el auditor interno será solidariamente responsable del manejo ilegal o fraudulento que se haga de dichos recursos, cuando no informe al Consejo Nacional Electoral sobre las irregularidades cometidas.
>
> La Registraduría Nacional del Estado Civil contratará, de acuerdo con las normas vigentes, un sistema de auditoría externa que vigile el uso dado por los partidos, movimientos o candidatos a los recursos aportados por el Estado para financiar sus gastos de sostenimiento y sus campañas electorales. El costo de tal auditoría será sufragado por los beneficiarios de los aportes estatales en proporción al monto de lo recibido" (Las rayas fuera del texto).

Se advierte que la norma en cita únicamente se analiza en la parte del segundo inciso que se refiere a la auditoría externa puesto que el primero trata de la auditoría interna que no hace parte de la consulta.

La ley señaló que "el costo de tal auditoría será sufragado por los beneficiarios de los aportes estatales en proporción al monto recibido"; en consecuencia, son los propios beneficiarios por expresa disposición de la ley, quienes deben sufragar los gastos de la auditoría externa y no existe ninguna posibilidad legal de asignar fuente distinta para su pago.

Corresponde a la organización electoral, conocido el monto de las sumas entregadas a los partidos y movimientos beneficiarios, con base en la proporción de lo recibido por cada uno, determinar su aporte para la cancelación de los costos de la auditoría externa.

LA SALA RESPONDE:

La Registraduría Nacional del Estado Civil no puede destinar el valor equivalente al 10% previsto en el ordinal c) del artículo 12 del Estatuto Básico de los Partidos y Movimientos Políticos correspondiente a los recursos del Fondo Nacional de Financiación de partidos y campañas electorales, para cancelar los costos de la contratación de la auditoría externa, contemplada en el inciso 2° del artículo 49 de la Ley 130 de 1994.

Por el contrario, el artículo 49 de la Ley 130 de 1994, es categórico, en el sentido de prescribir que el costo de la auditoría externa, corresponde a los partidos y movimientos beneficiarios sufragar dichos costos en proporción al monto de lo recibido.

Transcríbase en sendas copias auténticas a los señores Ministro de Gobierno y Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

Humberto Mora Osejo, Presidente de la Sala; *Javier Henao Hidrón, Luis Camilo Osorio Isaza, Roberto Suárez Franco.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

CONSULTA NUMERO 694
(6 de junio de 1995)

SINDICATO - Facultades / SUBDIRECTIVA SECCIONAL DE SINDICATO - Creación / SUBDIRECTIVA SECCIONAL DE SINDICATO - Integración.

No es jurídicamente viable la creación de subdirectivas seccionales mediante la suma de afiliados a un sindicato en varios municipios, porque el artículo 55 de la Ley 50 de 1990 dispone que tales subdirectivas solamente pueden conformarse en municipio distinto al del domicilio principal y en el que tenga el sindicato "un número inferior a veinticinco (25) miembros". El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social debe negar la inscripción de aquellas directivas seccionales sindicales que hayan sido conformadas por afiliados de varios municipios, porque esta forma de integración es contraria a la regulación prevista en la Ley 50 de 1990. Las subdirectivas seccionales o sindicales, una vez creadas conforme a la ley, pueden ampliar su órbita de cobertura y representar afiliados al sindicato de un municipio o municipios distintos al de su domicilio, siempre que no exista el número mínimo de miembros para crear su propia subdirectiva seccional o el comité respectivo.

Autorizada su publicación el 5 de julio de 1995.

Santa Fe de Bogotá, D. C, seis (6) de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Javier Henao Hidrón.*

Radicación número 694.

Referencia: Consulta sobre subdirectivas y comités seccionales de sindicatos (art. 55 de la Ley 50 de 1990).

La señora Ministra de Trabajo y Seguridad Social, doctora María Sol Navia Velasco, consulta acerca del contenido y alcance del artículo 55 de la Ley 50 de 1990, que dispone:

> "Todo sindicato podrá prever en sus estatutos la creación de subdirectivas seccionales, en aquellos municipios distintos al de su domicilio principal y en el

que tenga un número no inferior a veinticinco (25) miembros. Igualmente se podrá prever la creación de comités seccionales en aquellos municipios distintos al del domicilio principal o el domicilio de la subdirectiva y en el que se tenga un número de afiliados no inferior a doce (12) miembros. No podrá haber más de una subdirectiva o comité por municipio".

En relación con el artículo transcrito, la señora Ministra formula las siguientes preguntas:

1ª. ¿Es posible la creación de subdirectivas seccionales, reuniendo afiliados a la organización sindical de varios municipios?

2ª. ¿"Puede el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, negarse a inscribir en el registro los representantes de las subdirectivas seccionales sindicales de carácter departamental –integradas par afiliados de varios municipios–, subdirectivas creadas con fundamento en estatutos aprobados par este Ministerio antes de entrar en vigencia la Ley 50 de 1990, argumentando que deben modificar sus estatutos ajustándolos a lo dispuesto en la mencionada ley?" y,

3ª. "¿Puede una subdirectiva seccional de un municipio, una vez creada legalmente, extender su radio de acción y representar afiliados del sindicato de un municipio o municipios diferentes al de su domicilio?".

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE:

1. **Antecedentes.** Vigente el Código Sustantivo del Trabajo (Decretos 2663 y 3743 de 1950), el Departamento Nacional de Vigilancia Sindical expidió la Resolución 140 de 1954, que se insinúa como el antecedente más remoto y significativo del tema a que se refiere la consulta. Prescribió, en efecto, que "cuando el sindicato o las federaciones respectivas, además de la directiva central tengan previsto en sus estatutos el funcionamiento de una o más subdirectivas o comités seccionales en municipios distintos de la sede de aquella...", debían cumplir ciertas obligaciones y, en todo caso, acreditar que "es mayor de veinticinco (25) el número de afiliados a cada seccional".

Según la resolución mencionada, los sindicatos o las federaciones respectivas podrán prever en sus estatutos el funcionamiento, además de la directiva central, de una o más subdirectivas o comités a los que apedillaba con el calificativo de "seccionales"; éstos tendrían su sede en un municipio distinto al de la sede de la directiva central siempre que acreditaran un número de afiliados no inferior a veinticinco.

Desde entonces, los estatutos de las organizaciones sindicales de segundo grado y las de primer grado con ámbito de acción que excede el del respectivo municipio, suelen incluir entre sus órganos de dirección, además de los propiamente dichos de carácter central, secciones o "seccionales" que constituyen una subdivisión de aquéllas y a las que suelen denominar con los nombres de subdirectivas o de comités.

2. **La regulación de la Ley 50 de 1990.** La reforma laboral aprobada por el Congreso en 1990, mediante expedición de la Ley 50 del mismo año, con criterio descentralizador regula la autorización para que "todo sindicato" pueda disponer sus respectivos estatutos, la conformación de subdirectivas seccionales y de comités seccionales, las primeras en municipios distintos al de su domicilio principal y en el que tenga un número no inferior a veinticinco (25) miembros, y los segundos en aquellos municipios distintos al del domicilio principal o al domicilio de la subdirectiva y en el que tenga un número de afiliados no inferior a doce (12) miembros.

En ambos casos –puntualiza el artículo 55 de la ley citada–, ya se trate de subdirectiva o de comité, no podrá haber más de una sección por municipio.

Aunque la reforma laboral de 1990 no es innovadora en lo referente a la organización de las seccionales de los sindicatos, sí adopta algunas variantes que conviene precisar:

– Para la creación de una subdirectiva seccional es requisito indispensable que en el municipio respectivo el sindicato tenga un número no inferior a veinticinco (25) afiliados. Por consiguiente, la ley no permite que con el propósito de alcanzar el mínimo requerido, puedan unirse o reunirse afiliados de varios municipios.

– Ciertamente para la debida constitución de una subdirectiva seccional es menester que el sindicato tenga no menos de veinticinco (25) miembros en un determinado municipio. Pero la ley ha previsto, para que no haya que acudir a la organización de un sindicato diferente, que una vez constituida la subdirectiva, pueda extender su radio de acción a otro u otros municipios, de manera que esté en condiciones de atender las necesidades e inquietudes de otros trabajadores que residen fuera de su sede y que, por su número, no podrían formar siquiera un comité seccional. Con esta viabilidad jurídica se concentra la fuerza en un solo sindicato, se fortalece el derecho de asociación y se facilita la defensa de los intereses de los trabajadores; y es especialmente aplicable entratándose de organizaciones sindicales de industria o por rama de actividad económica, formadas por individuos que prestan sus servicios en varias empresas que pueden estar situadas en distintos municipios, como también respecto de sindicatos gremiales, formados por individuos de una misma profesión, oficio o especialidad.

– Por ser de orden público, las normas laborales producen efecto general inmediato, tal como se deduce de los preceptos contenidos en los artículos 14 y 16 del Código Sustantivo del Trabajo. De ahí que, al entrar a regir el artículo 55 de la Ley 50 de 1990, relativo a subdirectivas y comités sindicales, las disposiciones de los estatutos de organizaciones de trabajadores contrarias a dicha norma, han debido adaptarse a la nueva reglamentación; y que solamente pueda efectuarse la inscripción de los representantes de subdirectivas seccionales sindicales, en el registro correspondiente, cuando se cumplan los requisitos previstos en la Ley 50 de 1990 y sus reglamentos.

De conformidad con las consideraciones expuestas, se responde:

1. No es jurídicamente viable la creación de subdirectivas seccionales mediante la suma de afiliados a un sindicato en varios municipios, porque el artículo 55 de la Ley 50 de 1990 dispone que tales subdirectivas solamente pueden conformarse en municipio distinto al del domicilio principal y en el que tenga el sindicato "un número no inferior a veinticinco (25) miembros".

2. El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social debe negar la inscripción de aquellas directivas seccionales sindicales que hayan sido conformadas por afiliados de varios municipios, porque esta forma de integración es contraria a la regulación prevista en la Ley 50 de 1990.

3. Las subdirectivas seccionales sindicales, una vez creadas conforme a la ley, pueden ampliar su órbita de cobertura y representar afiliados al sindicato de un municipio o municipios distintos al de su domicilio, siempre que no exista el número mínimo de miembros para crear su propia subdirectiva seccional o el comité respectivo.

Transcríbase, en sendas copies auténticas, a la señora Ministra de Trabajo y Seguridad Social y al señor Secretario Jurídico de la Presidencia de la República (C.C.A., art. 112).

Humberto Mora Osejo, Presidente de la Sala; *Javier Henao Hidrón, Luis Camilo Osorio Isaza, Roberto Suárez Franco.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

CONSULTA NUMERO 696
(6 de junio de 1995)

LEY ORGANICA - Naturaleza jerárquica.

Las leyes orgánicas gozan de una prerrogativa especial, por la finalidad que les asigna la Constitución. Estas leyes reglamentan plenamente una materia: son estatutos que abarcan toda la normatividad de una serie de asuntos señalados expresamente por la Carta Política en su artículo 151. Es importante anotar que las leyes orgánicas condicionan con su normatividad, la expedición de otras leyes sobre la materia de que tratan, es decir, que sujetan el ejercicio de la actividad legislativa ordinaria a sus prescripciones. En este sentido la ley orgánica es de naturaleza jerárquica superior a las demás leyes que versen sobre el mismo contenido.

Autorizada su publicación el 14 de junio de 1994.

COMISIONES LEGALES DE LA CAMARA - Funcionamiento / COMISIONES LEGALES DE LA CAMARA - Reglamentación / MESA DIRECTIVA DE LA CAMARA - Funciones.

Cuando en la Ley 5ª de 1992 se faculta a las Mesas Directivas de las Cámaras para expedir, por resolución, los reglamentos para el funcionamiento de las Comisiones Legales, se está partiendo de un presupuesto obvio, cual es el de que tales directivas tienen que ejercitar sus funciones dentro del ámbito que determine la ley orgánica. De esta manera, no es posible admitir que la materia de una ley orgánica pueda ser regulada por leyes ordinarias, como tampoco que del inciso 2º artículo 55 pueda deducirse que cada una de las Comisiones Legales tengan su propio reglamento.

Autorizada su publicación el 14 de junio de 1994.

Santa Fe de Bogotá, D. C., seis (6) de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Roberto Suárez Franco.*

Radicación número 696.

Referencia: Consulta del Ministerio de Gobierno relacionada con la interpretación del artículo 55 de la Ley 5ª de 1992.

El señor Ministro de Gobierno, doctor Horacio Serpa Uribe, formula a la Sala la Consulta en los siguientes términos textuales:

"La solicitud se fundamenta en las dudas formuladas a la Presidencia del honorable Senado y la honorable Cámara, por el doctor Carlos Martínez Simahán, miembro de la Comisión Primera del honorable Senado de la República, en su condición de ponente para primer debate del Proyecto de ley número 105 de 1994 - Senado "por la cual se expide el reglamento de la Comisión Legal de Etica y Estatuto del Congresista".

La Constitución Política dispone:

Artículo 151. El Congreso expedirá leyes orgánicas a las cuales estará sujeto el ejercicio de la actividad legislativa. Por medio de ellas se establecerán los reglamentos del Congreso y de cada una de las Cámaras, las normas sobre preparación, aprobación y ejecución del presupuesto de rentas y ley de apropiaciones y del plan general de desarrollo, y las relativas a la asignación de competencias normativas a las entidades territoriales. Las leyes orgánicas requerirán, para su aprobación, la mayoría absoluta de los votos de los miembros de una y otra Cámara.

A su turno, la Ley 5ª de 1992, preceptúa:

Artículo 55. *Integración, denominación y funcionamiento.* Además de las Comisiones Legales señaladas para cada una de las cámaras con competencias diferentes, a éstas corresponde integrar, aplicando el sistema del cuociente electoral y para el período constitucional, la Comisión de los Derechos Humanos y Audiencias, la Comisión de Etica y Estatuto del Congresista, y la Comisión de Acreditación Documental.

Las Mesas Directivas de las Cámaras, en forma conjunta salvo lo dispuesto en otras disposiciones, expedirán por medio de resolución los reglamentos para el funcionamiento de las Comisiones Legales.

En particular, el último inciso transcrito, sirve de base para que el doctor Martínez Simahán, plantee el siguiente interrogante:

Al analizar la viabilidad jurídica del proyecto en mención, he encontrado un interesante aspecto de hermenéutica planteado por el alcance que debe dársele al artículo 55 de la Ley 5ª, según el cual las Mesas Directivas de las Cámaras, en forma conjunta salvo lo dispuesto en otras disposiciones, expedirán por medio de resolución los reglamentos por el funcionamiento de las comisiones legales.

La inquietud que deseo plantear a la consideración de ustedes nace de la interpretación que debe darse a la frase "salvo lo dispuesto en otras disposiciones". ¿Significa ella que el inciso referido es exclusivamente supletorio, y que la Ley Orgánica del Reglamento del Congreso permite la posibilidad de que leyes ordinarias reglamenten las comisiones legales? ¿tiene sentido que cada comisión legal tenga su propia ley reglamentaria o, simplemente, cuando el artículo 55 comentado menciona "otras disposiciones" se refiere a otras normas de la misma ley orgánica que pudieran establecer disposiciones sobre el funcionamiento de las comisiones legales?

Despejar esta duda es definitiva para la suerte del proyecto en referencia porque me parece claro, a la luz de la Constitución Nacional, que una ley ordinaria no puede modificar una orgánica, y por consiguiente, si se considera que la función de expedir el reglamento de las comisiones legales fue atribuida por la ley quinta, exclusivamente, a las Mesas Directivas de las Cámaras, el proyecto sería inconstitucional.

Planteo este asunto a la ilustrada consideración de ustedes, en sus respectivas condiciones de Presidentes del Senado y de la Cámara de Representantes, en virtud de que el numeral 4 del artículo 43 de la ley quinta les atribuye la función de decidir las cuestiones o dudas que se presenten sobre la aplicación del reglamento.

I. Antecedentes

A. Constitucionales

El artículo 151 de la Constitución Política dispone:

"El Congreso expedirá leyes orgánicas a las cuales estará sujeto el ejercicio de la actividad legislativa. Por medio de ellas se establecerán los reglamentos del Congreso y de cada una de las cámaras, las normas sobre preparación, aprobación y ejecución del presupuesto de rentas y ley de apropiaciones y del plan general de desarrollo, y las relativas a la asignación de competencias normativas a las entidades territoriales. Las leyes orgánicas requerirán, para su aprobación, la mayoría absoluta de los votos de los miembros de una y otra cámara".

B. **Legislativos**

1. Mediante la Ley 3ª de 1992, expedida par el Congreso en atención a lo establecido por el artículo 14 transitorio de la misma Carta, se dictaron normas sobre las Comisiones del Congreso de Colombia. En tal estatuto legal se reglamentó, en lo fundamental, el funcionamiento y composición de las Comisiones Constitucionales Permanentes.

2. En el año 1992, el Congreso expidió la Ley 5ª, "por la cual se expide el Reglamento del Congreso, el Senado y la Cámara de Representantes".

En el capítulo cuarto del título II del estatuto legal citado se ordena que en cada una de las Cámaras funcionarán, durante el período constitucional, Comisiones Legales, Comisiones Especiales y Comisiones Accidentales (artículo 53).

Específicamente sobre las Comisiones Legales, el artículo 55 prescribe:

> "Integración, denominación y funcionamiento. Además de las Comisiones Legales señaladas para cada una de las Cámaras con competencia diferentes, a éstas corresponderá integrar, aplicando el sistema del cuociente electoral y para el período constitucional, la Comisión de Derechos Humanos y Audiencias, la Comisión de Etica y Estatuto del Congresista, y la Comisión de Acreditación Documental.
>
> Las Mesas Directivas de las Cámaras, en forma conjunta, salvo lo dispuesto en otras disposiciones, expedirán por medio de resolución los reglamentos para el funcionamiento de las Comisiones Legales".

La misma Ley 5ª regula la Comisión de Etica y Estatuto del Congresista, estableciendo su composición e integración y las funciones (artículos 58 y 59 ibidem).

II. Consideraciones de la Sala

A. Leyes orgánicas

La Constitución Política de 1991 contiene disposiciones que tratan tema de las leyes orgánicas. En efecto, de conformidad con lo previsto en el artículo 151, se le confiere al Congreso la atribución de expedir leyes orgánicas "a las cuales estará sujeta la actividad legislativa". Por medio de ellas entre otras cosas se establecerán "los reglamentos del Congreso y de cada una de las Cámaras". Prescribe la norma citada que las leyes orgánicas requieren, para su aprobación, la mayoría absoluta de los votos de los miembros de una y otra Cámara.

Las leyes orgánicas gozan de una prerrogativa especial, por la finalidad que les asigna la Constitución. Estas leyes reglamentan plenamente una materia: son estatutos que abarcan toda la normatividad de una serie de asuntos señalados expresamente por la Carta Política en su artículo 151. Es importante anotar que las leyes orgánicas condicionan con su normatividad, la expedición de otras leyes sobre la materia de que tratan, es decir, que sujetan el ejercicio de la actividad legislativa ordinaria a sus prescripciones. En este sentido la ley orgánica es de naturaleza jerárquica superior a las demás leyes que versen sobre el mismo contenido material.

Del contenido del artículo 55 del Reglamento del Congreso, sobre integración, denominación y funcionamiento de las Comisiones Legales, se llega a las siguientes conclusiones:

1. Que existen las Comisiones Legales en cada una de las Cámaras, con competencias propias y definidas.

2. Que a las Cámaras compete integrar las Comisiones de Derechos Humanos y Audiencias, Etica y Estatuto del Congresista, y Acreditación Documental.

3. Que para la integración de dichas Comisiones se debe aplicar el sistema del cuociente electoral.

4. Que funcionan durante el período constitucional, que es de cuatro años, según el artículo 132, y

5. Que es función de las Mesas Directivas de las Cámaras, expedir conjuntamente los reglamentos para el funcionamiento de las Comisiones legales.

Cuando en la Ley 5ª de 1992 se faculta a las Mesas Directivas de las Cámaras para expedir, por resolución, los reglamentos para el funcionamiento de las Comisiones Legales, se está partiendo de un presupuesto obvio, cual es el de que tales directivas tienen que ejercitar sus funciones dentro del ámbito que determine la ley orgánica.

De esta manera, no es posible admitir que la materia de una ley orgánica pueda ser regulada por leyes ordinarias, como tampoco que del inciso 2° artículo 55 pueda deducirse que cada una de las Comisiones Legales tengan su propio reglamento.

Respuesta:

Por leyes ordinarias no se puede reglamentar el funcionamiento de las Comisiones Legales. La salvedad que hace el inciso 2° del artículo 55 de la Ley 5ª de 1992, sobre la expedición conjunta de los reglamentos para el funcionamiento de las Comisiones Legales por parte de las Mesas Directivas de las Cámaras, se refiere a otras disposiciones de la misma ley orgánica que eventualmente puedan reglamentar el funcionamiento del Congreso de la República y sus Cámaras.

Transcríbase, en sendas copias autenticas, a los señores Ministro de Gobierno y Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

Humberto Mora Osejo, Presidente de la Sala; *Javier Henao Hidrón, Luis Camilo Osorio Isaza, Roberto Suárez Franco.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

CONSULTA NUMERO 698

(7 de junio de 1995)

FALLA EN LA PRESTACION DE LOS SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Consecuencias / SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Finalidad / PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES - Aplicación en servicios públicos domiciliarios.

De conformidad con los artículos 209, 365, 366, 367 y 368 de la Constitución, los servicios públicos domiciliarios deben prestarse con base en los principios de igualdad, moralidad, eficiencia, calidad, economía, continuidad, publicidad, celeridad, imparcialidad, para solucionar las necesidades esenciales y lograr "el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población" (artículo 366 de la Constitución). Estos principios deben servir para interpretar las disposiciones jurídicas relativas a los servicios públicos domiciliarios y para asegurar la vigencia y el respeto de los derechos de los usuarios. La falla en la prestación de los servicios, según el artículo 137 de la Ley 142 de 1994, permite al usuario optar entre la resolución del correspondiente contrato o su cumplimiento con las indemnizaciones que al efecto prescribe. El artículo 137 de la Ley 142 de 1994 dispone que se descuente "el cargo fijo" y sólo se cobre al usuario el valor del consumo cuando la interrupción continua del servicio, a causa de la falla del mismo, dure quince días o más. En consecuencia, si la interrupción del servicio es menor de quince días, el usuario no tiene derecho a este beneficio compensatorio; pero tiene derecho a todos los demás que, para los usuarios, prescribe el artículo 137 de la Ley 142 de 1994.

Autorizada su publicación el 14 de junio de 1994.

Santa Fe de Bogotá D. C, siete (7) de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Humberto Mora Osejo.*

Radicación número 698.

Referencia: Consulta del señor Ministro de Gobierno, relacionada con falla de los servicios públicos domiciliarios.

Se absuelve la consulta que el señor Ministro de Gobierno, en relación con las fallas en la prestación de los servicios públicos, formula a la Sala en los siguientes términos textuales:

"Texto de las normas en aparente contradicción:

"Las normas cuya interpretación solicitamos son:

"1. El Decreto 1842 de 1991, el artículo 38, inciso primero, sobre falla en la prestación del servicio: 'En caso que el suscriptor y/o usuario no pueda hacer uso del servicio por causa imputable a la empresa durante un término superior a 24 horas, éste tendrá derecho a un descuento del cargo fijo proporcional al tiempo que persista esta situación, en los términos que establezca la Junta Nacional de Tarifa'.

"2. La Ley 142 de 1994, artículo 137, sobre reparaciones por falla en la prestación del servicio. 'La falla del servicio da derecho al suscriptor o usuario, desde el momento en que se presente, a la resolución del contrato, o a su cumplimiento con las siguientes reparaciones':

"137.1 'A que no se le haga cobro alguno por conceptos distintos del consumo, o de la adquisición de bienes o servicios efectivamente recibidos, si la falla ocurre continuamente durante un término de quince (15) días o más, dentro de un mismo período de facturación. El descuento en el cargo fijo opera de oficio por parte de las empresas'.

"137.3 'A la indemnización de perjuicios, que en ningún caso se tasarán en menos del valor del consumo de un día del usuario afectado por cada día en el que el servicio haya fallado totalmente o en proporción a la duración de la falla, más el valor de las multas, sanciones o recargos que la falla le haya ocasionado al suscriptor o usuario, más el valor de las inversiones o gastos en que el suscriptor o usuario haya incurrido para suplir el servicio. La indemnización de perjuicios no procede si hay fuerza mayor o caso fortuito'.

"No podrán acumularse, en favor del suscriptor o usuario, el valor de las indemnizaciones a las que dé lugar este numeral con el valor de las remuneraciones que reciba por las sanciones impuestas a la empresa por las autoridades, si tiene la misma causa".

"Justificación de la consulta

"Se puede verificar que hay una aparente contradicción en las normas citadas, referente al término de duración en la falla para que tenga efecto el descuento respectivo al usuario.

"En nuestro país es frecuente la existencia de fallas en los servicios públicos domiciliarios y frente a esta situación de la norma del Decreto 1842 de 1991, estatuto de los usuarios de servicios públicos, señala un decreto y las reglas para su aplicación por las empresas de servicios públicos domiciliarios.

El descuento opera a partir de las 24 horas de suspensión o imposibilidad de uso de un servicio público.

"La Ley 142 de 1994 fija la regla del 'no cobro alguno por conceptos diferentes al consumo', y la del descuento, norma que debe ser armonizada con el artículo 38 del Decreto 1842 de 1991.

"Las preguntas concretas que surgen son las siguientes:

"1. ¿Qué norma se aplica cuando la falla en el servicio es superior a las 24 horas e inferior a quince días continuos?

"2. ¿Continúa la regla del descuento del cargo fijo, proporcional al tiempo en que persista la situación de falla en el servicio?

"3. ¿Continúa vigente el artículo 38 del Decreto 1842 de 1991 o ha sido derogado tácitamente por el artículo 137 de la Ley 142 de 1994?

"4. ¿Cómo interpretar estas normas en forma tal que se respeten los derechos de los usuarios?".

LA SALA CONSIDERA:

1°. Los artículos 37 y 38 del Decreto 1842 de 1991 regulaban la falla en la prestación de los servicios domiciliarios y el derecho de los usuarios a exigir las revisiones y reparaciones necesarias para restablecerlo y a que se les hicieran los correspondientes descuentos si se producía su suspensión, "por causa imputable a las empresas durante un término superior a veinticuatro (24) horas".

El artículo 137 de la Ley 142 de 1994 sustituyó las referidas disposiciones del Decreto 1842 de 1991.

2°. Según el artículo 137 de la Ley 142 de 1994, "la falla del servicio da derecho al suscriptor o usuario, desde el momento en que se presente, a la resolución del contrato o a su cumplimiento", conforme a las reglas que al efecto prescribe. Además, la falla del servicio, de acuerdo con el artículo 136 de la misma ley, consiste en "el incumplimiento de la empresa en la prestación continua del servicio" con "buena calidad".

3°. Aparte la resolución del contrato de servicios públicos, que constituye una de las opciones del usuario, el mismo también puede cumplirse "con las siguientes reparaciones", prescritas por el artículo 137 de la Ley 142 de 1994:

a) El usuario tiene derecho que no se le cobre suma alguna "por conceptos distintos del consumo" o "de las adquisiciones de bienes o servicios efectivamente recibidos, si la falla ocurre continuamente durante un término de quince (15) días o más, dentro de un mismo período de facturación". En este caso, el descuento del "cargo fijo", equivalente a la tarifa que se fija al usuario por concepto del derecho al servicio, en atención al estrato social y económico en que esté clasificado el inmueble y sin tener en cuenta el consumo, debe efectuarse oficiosamente por la empresa. Si la suspensión del servicio, a causa de la falla del mismo, es menor de quince (15) días continuos, el usuario no tiene derecho a que se le descuente "el cargo fijo";

b) La empresa no debe cobrar al usuario "el servicio de recolección, transporte y disposición final de residuos sólidos", si en un "lapso de treinta días la frecuencia de recolección es inferior al cincuenta por ciento (50%) de lo previsto en el contrato para la zona en la que se halla el inmueble";

c) El usuario tiene derecho a indemnización de los perjuicios, si no provienen de caso fortuito o fuerza mayor, "que en ningún caso se tasarán en menos del valor del consumo de un día", por el tiempo que dure la interrupción del servicio o, si ella es parcial, "en proporción a la duración de la falla". Al momento de los perjuicios causados debe agregarse "el valor de las multas, sanciones o recargos que la falla le haya ocasionado" al usuario, como también "el valor de las inversiones o gastos que haya efectuado para suplir el servicio". Sin embargo, el valor "de las remuneraciones que reciba por las sanciones impuestas a la empresa por las autoridades" a causa de la misma falla en la prestación del servicio, deben descontarse del monto de la indemnización.

4°. De conformidad con los artículos 209, 365, 366, 367 y 368 de la Constitución, los servicios públicos domiciliarios deben prestarse con base en los principios de igualdad, moralidad, eficiencia, calidad, economía, continuidad, publicidad, celeridad, imparcialidad y solidaridad, para solucionar las necesidades esenciales y lograr "el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población" (artículo 366 de la Constitución). Estos principios deben servir para interpretar las disposiciones jurídicas relativas a los servicios públicos domiciliarios y para asegurar la vigencia y el respeto de los derechos de los usuarios.

Con fundamento en lo expuesto, la Sala responde:

1°. El artículo 137 de la Ley 142 de 1994 subrogó el artículo 38 del Decreto 1842 de 1991.

2°. La falla en la prestación de los servicios, según el artículo 137 de la Ley 142 de 1994, permite al usuario optar entre la resolución del correspondiente contrato o su cumplimiento con las indemnizaciones que al efecto prescribe.

3°. El artículo 137 de la Ley 142 de 1994 dispone que se descuente "el cargo fijo" y sólo se cobre al usuario el valor del consumo cuando la interpretación continua del servicio, a causa de la falla del mismo, dure quince días o más.

En consecuencia, si la interrupción del servicio es menor de quince días, el usuario no tiene derecho a este beneficio compensatorio; pero tiene derecho a todos los demás que, para los usuarios, prescribe el artículo 137 de la Ley 142 de 1994.

4°. Los servicios públicos domiciliarios para que cumplan su finalidad constitucional, deben prestarse con base en los principios constitucionales mencionados en la parte motiva. Sólo mediante la estricta observancia de estos principios los servicios públicos domiciliarios pueden remediar las necesidades básicas de la población y contribuir a mejorar la calidad de su vida y al bienestar general.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a los señores Ministro de Gobierno y Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

Humberto Mora Osejo, Presidente de la Sala; *Javier Henao Hidrón, Luis Camilo Osorio Isaza, Roberto Suárez Franco*.

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

CONSULTA NUMERO 695
(14 de junio de 1995)

DIPUTADO - Naturaleza / DIPUTADO - Afiliación a Cajanal / REGIMEN DE HONORARIOS DE DIPUTADO - Desarrollo legal.

Si bien los diputados son servidores públicos de nivel departamental, a éstos, por expresa disposición de la Ley 48 de 1962 y del Decreto-ley 1222 de 1986 contentivo del Código del Régimen Departamental, se les aplican las disposiciones de la Ley 6ª de 1945 que los afilia a la Caja Nacional de Previsión y esta situación subsiste hasta cuando se produzca la reglamentación necesaria en desarrollo de la ley que regule el régimen de honorarios.

FONDO DE PRESTACIONES TERRITORIALES - Creación / DIPUTADO- Traslado de cotizaciones a fondos territoriales.

El sistema general de pensiones conforme al Decreto 1269 de 1994 "por el cual establece el régimen de fondos departamentales, distritales y municipales de pensiones públicas" determina la creación de los fondos de prestaciones territoriales a los cuales los diputados deben trasladar sus cotizaciones a partir del 30 de junio de 1995 según mandato de la Ley 100 de 1993, artículo 151, parágrafo, en concordancia con el artículo 2 del decreto citado.

PENSION DE JUBILACION DE DIPUTADO - Régimen Aplicable / DIPUTADO - Monto de aportes para pensión / LEY DE SEGURIDAD SOCIAL - Aplicación.

Actualmente en principio, rigen para los diputados las Leyes 6ª de 1945, 48 de 1962; 33 de 1985, y las demás normas que las adicionan y reforman, lo cual significa que las cotizaciones de aquéllos no están divididas por los conceptos de pensiones y salud y aportan a la Caja Nacional de Previsión; cada afiliado debe contribuir en cuantía correspondiente al 5% de su remuneración. A partir del primero de abril de 1994, desde la vigencia de la Ley 100 de 1993 (art. 204), los departamentos deben aportar al sistema de seguridad social en salud las dos terceras partes; la otra

tercera parte está a cargo del respectivo diputado beneficiario. A partir del primero de julio de 1995, de conformidad con los artículos 20 y 151 de la Ley 100 de 1993, los departamentos deben pagar al sistema general de pensiones de los diputados el 75% del monto total de las cotizaciones; el 25% está a cargo de éstos.

NOTA DE RELATORIA: La consulta del registro se fundamenta en la consulta radicada en el número 444 del 4 de mayo de 1992.

Santa Fe de Bogotá, D. C., catorce (14) de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Luis Camilo Osorio Isaza.*

Radicación número 695.

Referencia: Cuotas de los diputados a los sistemas de Salud y jubilación, previstos en la Ley 100 de 1993.

El Ministro de Gobierno consulta a solicitud del Gobernador del departamento de Risaralda si,

"¿Respecto de los aportes para los sistemas de salud y pensiones de los diputados, deben los departamentos pagar la cuota parte como patronos; o para estos efectos los diputados deben cancelar el 100% por estos conceptos?".

En la consulta que concluye en la pregunta anterior se hace referencia al concepto emitido por esta Corporación el 4 de mayo de 1992, radicado bajo el número 444, en el cual se señala que mientras la ley no establezca el régimen de honorarios aplicable conforme a la Constitución Política de 1991, continuará rigiendo el vigente antes de su expedición, esto es, el equivalente al aplicado a los congresistas a nivel nacional.

LA SALA CONSIDERA:

Carácter de servidores públicos de los diputados y su remuneración

En el pronunciamiento de esta Sala al cual se refiere la consulta se definió el concepto de servidores públicos en concordancia con el artículo 123 de la Constitución Política, destacando que los miembros de las corporaciones públicas son servidores públicos de características especiales por su investidura de origen popular y que,

"De ahí que sobre esos fundamentos conceptuales la nueva Constitución Política haya reemplazado el régimen salarial y prestacional de los diputados que regulaba el Código de Régimen Departamental, por la figura jurídica de los honorarios conforme al siguiente texto:

Art. 299. Con las limitaciones que establezca la ley, tendrán derecho a honorarios por su asistencia a las sesiones correspondientes (inciso cuarto)".

El sistema remuneratorio de los diputados varió el que se fundamentaba en el artículo 190 de la Constitución de 1886 y en el artículo 1° de la Ley 20 de 1977. El artículo 55 del Decreto-ley 1222 de 1986, Código de Régimen Departamental estableció el régimen cuyo texto señaló:

> "La asignación de los diputados a la Asambleas Departamentales, por dietas, viáticos, gastos de representación y cualquier otro concepto, en conjunto o separadamente, no podrá exceder de la suma total que por razón de dietas y gastos perciban diariamente los miembros del Congreso.
>
> Las anteriores asignaciones sólo se percibirán durante las sesiones ordinarias o extraordinarias de la Corporación según el caso".

Régimen prestacional de los diputados

Sobre los anteriores presupuestos, se advierte que el Código de Régimen Departamental, Decreto-ley 1222 de 1986, dispuso en los artículos 56 a 58, que los congresistas y los diputados gozan de idénticas prestaciones e indemnizaciones a las previstas para los servidores públicos en la Ley 6ª de 1945; y además tienen derecho a las mismas prestaciones por incapacidad o muerte.

Así mismo, para los efectos que interesan a la consulta, la Sala en el concepto citado destacó que:

> "La Constitución Política expedida por la Asamblea Nacional Constituyente el 4 de julio de 1991 sustituyó el régimen salarial y prestacional de los diputados por honorarios, cuyo derecho a percibirlos se adquiere por estos servidores públicos por la asistencia a las sesiones ordinarias o extraordinarias de las Asambleas Departamentales. . .
>
> También observó la Corporación en aquella oportunidad,...
>
> Dicha ley aún no ha sido expedida. Esta circunstancia implica que el régimen de honorarios todavía no ha entrado a regir y que, por tanto, el régimen salarial y prestacional previsto para los diputados conserva su vigencia" (Consulta No. 444, del 4 de mayo de 1992, las rayas fuera de texto).

Aportes a la Caja Nacional de Previsión por parte de los diputados

Para el reconocimiento y pago en general de las prestaciones e indemnizaciones sociales a que se hizo referencia, se creó la Caja de Previsión Social de los Empleados y Obreros Nacionales, organizada por la Ley 6ª de 1945 y por el Decreto 1600 del mismo año 1945 que, al señalar la manera de conformar el capital de la institución, dispuso que todos los "empleados y obreros de carácter permanente al servicio de la Nación" serían afiliados forzosos de aquélla (*Ibidem*, 2°) y contribuirían a la formación de su capital con cuotas de afiliación y periódicas en los términos de ese estatuto (Decreto 1600/45 art. 6°).

Lo expuesto significaba que para tener derecho a la atención que debía proporcionar la Caja en materia de salud, de indemnizaciones y prestacional, los afiliados forzosos tenían que aportar inicialmente la tercera parte del primer sueldo, como cuota de afiliación, y luego un 3% los empleados y un 2% los obreros de sus remuneraciones mensuales (Ley 6ª/45 art. 20. Decreto 1600/45 arts. 2, 3, 6).

La Ley 48 de 1962 afilió a la Caja Nacional de Previsión a los diputados; posteriormente, la Ley 5ª de 1969 reiteró los conceptos anteriores y la Ley 4ª de 1966 aumentó la cotización periódica con destino a la Caja Nacional de Previsión al 5% "del salario correspondiente a cada mes", de sus afiliados.

La Ley 6ª de 1945 y las disposiciones posteriores citadas, deben aplicarse a los diputados hasta la expedición de un estatuto especial de carácter legal que regule el sistema de honorarios creado por la Constitución Política, donde además se determine si hay lugar a un régimen pensional y de seguridad en salud, y cuál es el que les corresponde.

Régimen de la Ley 100 de 1993

Al establecerse el sistema de seguridad social integral con la Ley 100 de 1993, se dispuso que los servidores públicos serían afiliados obligatorios al sistema general de pensiones y al sistema general de seguridad social y que cotizarían, al primero, durante la vigencia de la relación laboral, con base en el salario mensual, el 8% en 1994, el 9% en 1995, y el 10% en 1996, con la modalidad de que los empleadores pagarán el 75% de la cotización total y los trabajadores, el 25% restante; y al segundo un máximo del 12% del "salario base de cotización" del cual las dos terceras partes estarán a cargo del empleador y una tercera a cargo del trabajador (arts. 15, 17, 18, 20, 157 y 204).

Aplicación de la Ley 100 a los diputados

El régimen prestacional de los miembros a las Asambleas Departamentales es el mismo establecido para los servidores públicos por la Ley 6ª de 1945 y las disposiciones que la adicionan; también por mandato del artículo 7° de la Ley 48 de 1962 y del artículo 56 del Decreto-ley 1222 de 1986, Código de Régimen Departamental.

Expedida la Ley 4ª de 1992 y especialmente el Decreto 1359 de 1993 que dio origen "al régimen especial de pensiones,..." se estableció una diferencia entre el régimen de los congresistas, que es especial, y el de los demás servidores, quienes deben regirse por el correspondiente estatuto.

En consecuencia, el monto de las cotizaciones para el sistema general de pensiones y para el sistema general de seguridad social en salud para los diputados está consignado en la Ley 100 de 1993. En cuanto a las pensiones conforme al artículo 151, parágrafo *ibidem*, sus efectos se aplicarán a partir del 30 de junio de 1995 –pero se reitera–, debe expedirse el estatuto especial de honorarios que les corresponde.

Los departamentos, como pagadores de los diputados, deben someterse a la disposición mencionada aportando el 75% del monto total de las cotizaciones para el sistema general de sus pensiones.

Lo referente a la cotización que corresponde al sistema general de seguridad social en salud debe regirse por la norma citada de la Ley 100 de 1993, contenida en el artículo 204, según la cual las dos terceras partes corresponden al empleador y una tercera está a cargo del trabajador.

En síntesis lo anterior significa que si bien los diputados son servidores públicos de nivel departamental, a éstos, por expresa disposición de la Ley 48 de 1962 y del Decreto-ley 1222 de 1986, contentivo del Código de Régimen Departamental, se les aplican las disposiciones de la Ley 6ª de 1945 que los afilia a la Caja Nacional de Previsión y esta situación subsiste hasta cuando se produzca la reglamentación necesaria en desarrollo de la ley que regule el régimen de honorarios.

Finalmente debe señalarse que el sistema general de pensiones conforme al Decreto 1269 de 1994 "por el cual establece el régimen de los fondos departamentales, distritales y municipales de pensiones públicas" determina la creación de **los fondos de prestaciones territoriales** a los cuales los diputados deben trasladar sus cotizaciones a partir del 30 de junio de 1995 según mandato de la Ley 100 de 1993, artículo 151, parágrafo, en concordancia con el artículo 2 del Decreto citado.

LA SALA RESPONDE:

Actualmente en principio, rigen para los diputados las Leyes 6ª de 1945, 48 de 1962; 33 de 1985, y las demás normas que las adicionan y reforman, lo cual significa que las cotizaciones de aquéllos no están divididas por los conceptos de pensiones y salud y aportan a la Caja Nacional de Previsión; cada afiliado debe contribuir en cuantía correspondiente al 5% de su remuneración.

A partir del primero de abril de 1994, desde la vigencia de la Ley 100 de 1993 (art. 204), los departamentos deben aportar al sistema de seguridad social en salud las dos terceras partes; la otra tercera parte está a cargo del respectivo diputado beneficiario.

A partir del primero de julio de 1995, de conformidad con los artículos 20 y 151 de la Ley 100 de 1993, los departamentos deben pagar al sistema general de pensiones de los diputados el 75% del monto total de las cotizaciones; el 25% está a cargo de éstos.

Transcríbase en sendas copias auténticas a los señores Ministro de Gobierno y al Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

Humberto Mora Osejo, Presidente de la Sala; *Javier Henao Hidrón, Luis Camilo Osorio Isaza, Roberto Suárez Franco.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

CONSULTA NUMERO 690
(21 de junio de 1995)

DEPOSITO FRANCO DE LA CORPORACION DE LA INDUSTRIA AERONAUTICA COLOMBIANA S.A. - Régimen Aplicable.

El depósito franco de la Corporación de la Industria Aeronáutica Colombiana S.A., está actualmente regulado por el artículo 19 del Decreto 1909 de 1992, que se encuentra vigente.

Autorizada su publicación el 28 de junio de 1995.

Santa Fe de Bogotá, D. C., 21 de junio de 1995.

Consejero Ponente: *Javier Henao Hidrón.*

Radicación número 690.

Referencia: Consulta sobre la vigencia de la legislación que autoriza el funcionamiento del depósito franco de la Corporación de la Industria Aeronáutica Colombiana, CIAC.

El señor Ministro de Defensa Nacional, doctor Fernando Botero Zea, expone a manera de antecedentes:

Que la Corporación de la Industria Aeronáutica Colombiana S.A., es una sociedad de economía mixta con régimen de empresa industrial y comercial del Estado vinculada al Ministerio de Defensa Nacional, creada con el objeto de organizar, construir y explotar centros de reparación, mantenimiento y servicios de aeronaves. Las normas orgánicas por las cuales se rige son los Decretos 1064 de 1956 y 2352 de 1971.

Que por Decreto 1648 de 1965, el Gobierno autorizó a la Dirección General de Aduanas para que dentro de las normas establecidas en la sección VI de la Ley 79 de 1931 (Código de Aduanas) permitiera a la CIAC recibir en consignación toda clase de partes y piezas sueltas para la reparación, mantenimiento y servicio de aeronaves.

Con posterioridad, el Decreto 2666 de 1984, aunque modificó sustancialmente el antiguo Código de Aduanas, en el artículo 335 dejó vigentes las autorizaciones relati-

vas a la importación de partes y piezas sueltas con destino a los depósitos francos, no solamente de la CIAC sino también de la Corporación Financiera del Transporte y el Ministerio de Obras Públicas. Y,

Que el Decreto 1909 de 1992 que modifica la ley aduanera, en su artículo 111 derogó expresamente los artículos 328 a 337 del Decreto 2666 de 1984 y, por tanto, el precitado artículo 335 que había mantenido vigente las autorizaciones relativas al sistema especial de importaciones de la CIAC (depósito franco) para partes y piezas sueltas. Sin embargo, el artículo 19 del mismo Decreto 1909 de 1992 parece que conservara vigente la modalidad de importación por conducto de los depósitos francos; con todo, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales expresa una posición contraria.

Debido a la situación planteada, el señor Ministro consulta a la Sala "si la legislación aplicable al depósito franco de la Corporación de la Industria Aeronáutica Colombiana S.A., continúa vigente en concordancia con el artículo 335 del Decreto 2366 (sic) de 1984 y artículos 19 y 111 del Decreto 1909 de 1992".

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE:

I. Importaciones In Bond. Las importaciones con destino a los depósitos francos "In-Bond" constituyen un sistema aduanero especial, establecido por el legislador con la finalidad de facilitar a determinadas empresas del Estado (tal es el caso de la Corporación de la Industria Aeronáutica y del Fondo Rotatorio de la Armada) la introducción al país de partes y piezas sueltas, equipos, repuestos y otras mercancías indispensables para el cumplimiento de sus objetivos.

Con fundamento en la sección VI del Código de Aduanas (Ley 79 de 1931), que autorizaba al Gobierno para poner en vigencia las normas sobre almacenes generales de depósito, primero el Decreto 1248 de 1965 y luego en forma más amplia el Decreto 2352 de 1971, autorizaron a la CIAC para recibir de despachadores extranjeros y en consignación para la venta, toda clase de partes, repuestos, herramientas y piezas sueltas para reparación, mantenimiento, ensamblaje, fabricación y servicio de aeronaves y equipos aeroportuarios, mercancías que la Corporación mantendrá a disposición de aquéllos en una bodega In-Bond (en tránsito), organizada conforme a las disposiciones previstas en la ley aduanera. Dichas mercancías en tránsito deberán ser nacionalizadas a nombre del comprador, previo el cumplimiento de los requisitos legales pertinentes, dentro del término de dos años contados a partir de la fecha en que sean recibidas en la bodega In-Bond, pues de lo contrario serán reexportadas con destino al respectivo despachador.

Al ser modificada sustancialmente la legislación aduanera por el Decreto 2666 de 1984, su artículo 335 mantuvo la vigencia de determinadas normas sobre la materia y, además, las autorizaciones relativas a la importación de partes y piezas sueltas con destino a los depósitos francos "In-Bond" de la Corporación de la Industria Aeronáutica Colombiana. En cambio, la autorización al Gobierno otorgada por el artículo 81 bis de la Ley 79 de 1931, fue derogada expresamente (ibídem, art. 336).

2. El Decreto 1909 de 1992 y los depósitos francos. En el año de 1992 fue modificada nuevamente la legislación aduanera, esta vez para adecuarla al proceso de internacionalización de la economía y de modernización del Estado. Con tal propósito el Gobierno Nacional, invocando el "uso de las facultades que le confieren los numerales 11 y 25 del artículo 189 de la Constitución Política, con sujeción a los artículos 3° de la Ley 6ª de 1971 y 2° de la Ley 7ª de 1991, y en desarrollo del artículo 108 de la Ley 6ª de 1992", expidió el Decreto 1909 de 1992. En su capítulo III, denominado "Proceso de importación", este decreto por el artículo 19 definió las diversas modalidades de importación (importación ordinaria, importación con franquicia, reimportación con perfeccionamiento pasivo, reimportación en el mismo estado, importación en cumplimiento de garantía, importación temporal para reexportación en el mismo estado, importación temporal para perfeccionamiento activo, importación para transformación y ensamble, tráfico postal y envíos urgentes por avión, y entregas urgentes) y dispuso que, además de ellas, se mantienen vigentes las relativas a viajeros, menajes diplomáticos, *depósitos francos*, zonas francas, y las establecidas por el Gobierno para las zonas de frontera y las zonas de tratamiento aduanero preferencial, "las cuales se continuarán rigiendo por las normas que las regulen, interpretadas en concordancia con lo dispuesto en el presente decreto".

Como puede colegirse, el Gobierno Nacional, con sujeción a la legislación marco sobre aduanas, no hizo distinción alguna en relación con los depósitos francos, circunscritos a entidades oficiales; por lo cual es menester admitir la vigencia de las correspondientes regulaciones para todas sus modalidades, incluida la de los depósitos "In Bond".

Por lo demás, al disponer en el artículo 19 del decreto mencionado que continuaban rigiendo las disposiciones reguladoras de las diversas modalidades de importación, el Gobierno igualmente consideró procedente en el artículo 111 *ibídem*, derogar entre otros los artículos 328 a 337 del Decreto 2666 de 1984, con lo cual dejó sin efectos jurídicos dos importantes disposiciones relacionadas con la consulta: la contenida en el artículo 335 que mantenía las autorizaciones a la Corporación de la Industria Aeronáutica para la importación de mercancías propias de su objeto social con destino a los depósitos francos "In-Bond" y la del artículo 336 que había suprimido la autorización al Gobierno para que permitiese a empresas del Estado recibir sus mercancías en depósito franco. Mediante esta decisión, se trataba de sustraer esos dos artículos de la legislación aduanera hasta entonces vigente, con el propósito de que la disposición del Decreto 1909 de 1992 contenida en el artículo 19 regulara directamente la materia, sin que fuese necesario hacer ejercicios de confrontación entre aquellos preceptos y este último.

De manera que la derogatoria del artículo 335 del Decreto 2666 de 1984 no implicó la de las facultades otorgadas a la CIAC en los decretos correspondientes a esta Corporación, y a la derogatoria del artículo 336 *ibidem*, tampoco significó revivir las facultades conferidas al Gobierno para autorizar importaciones a través de depósitos francos. Por eso el artículo 19 del Decreto 1909 de 1992, resulta ser la regulación vigente que prorroga en el tiempo las normas aplicables a la CIAC.

Es decir, una vez abolida la autorización al Gobierno Nacional para conceder permisos en relación con importaciones destinadas a depósitos francos, por una parte, y por otra derogados los artículos 335 y 336 del Decreto 2666 de 1984, las regulaciones sobre depósitos francos expedidas con anterioridad al 1° de enero de 1993, fecha en que entró a regir el Decreto 1909 de 1992, conservaron su vigencia, pues así lo dispuso su artículo 19.

Por consiguiente, se responde: El depósito franco de la Corporación de la Industria Aeronáutica Colombiana S.A., está actualmente regulado por el artículo 19 del Decreto 1909 de 1992, que se encuentra vigente.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a los señores Ministro de Defensa Nacional y Secretario Jurídico de la Presidencia de la República (C.C.A., art. 112).

*Humberto Mora Osejo, P*residente de la Sala; *Javier Henao Hidrón; Luis Camilo Osorio Isaza; Roberto Suárez Franco.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

CONSULTA NUMERO 697
(28 de junio de 1995)

PRESCRIPCION ADQUISITIVA O USUCAPION - Concepto /PRESCRIPCION EXTINTIVA O LIBERATORIA - Concepto / BIEN DE USO PUBLICO - Imprescriptibilidad.

El Código Civil define la prescripción como un modo de adquirir las cosas ajenas, o extinguir las acciones o derechos ajenos, por haberse poseído las cosas y no haberse ejercido dichas acciones y derecho durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales. Esta definición, contenida en el artículo 2512 del citado código, encierra dos conceptos: la prescripción adquisitiva o usucapión y la prescripción extintiva o liberatoria. La primera constituye un modo de adquirir el dominio y otros derechos reales, y la segunda, un modo de extinguir los derechos y acciones. Como consecuencia, la regla general consiste en que pueden ser adquiridos por prescripción los bienes corporales, muebles o inmuebles, que están en el comercio humano, si se ha poseído por el término y las condiciones legales; de la misma manera, los otros derechos reales que están especialmente exceptuados, según lo dispone el artículo 2518, mientras el inmediatamente siguiente preceptúa: "los bienes de uso público no se prescriben en ningún caso".

Autorizada su publicación el 2 de febrero de 1996.

PRESCRIPCION ADQUISITIVA DE DOMINIO - Clases / PRESCRIPCION EXTRAORDINARIA - Requisito / PROCESO DE PERTENENCIA - Comprobación de prescripción adquisitiva.

En el evento de que la prescripción tenga la modalidad de adquisitiva, puede ser ordinaria o extraordinaria. Si es extraordinaria, está sujeta a la comprobación en el proceso judicial de pertenencia de los requisitos que la estructuran: posesión material en el usacapiente; que el bien haya sido poseído durante 20 años; que la posesión se haya cumplido de manera pública e ininterrumpida, y el que el bien o derecho sobre el cual se ejerce la posesión, sean susceptibles de adquirirse por prescripción. Este último

requisito, como se vera en el acápite siguiente, no ocurre en relación con el patrimonio estatal.

BIEN DE USO PUBLICO Y BIEN FISCAL - Diferencias.

Los bienes del Estado, según la clásica distinción del Código Civil se escinden entre los de uso público y los fiscales o patrimoniales. Ambos pertenecen a Hacienda Pública y son de similar naturaleza, hallándose diferencia en su destinación o manera de utilizarlos y en régimen legal, como en que los primeros el uso pertenece a los habitantes del país y están a su servicio permanente (calles, plazas, puentes, caminos, ejidos, etc.), mientras que los segundos (terrenos, edificios, granjas...) sirven al Estado como instrumentos materiales para la prestación de los servicios públicos, aunque puede tomarse también como una especie de reserva patrimonial para fines de utilidad común. Respecto de estos últimos, el Estado los posee y administra a la manera como lo hacen los particulares sobre los bienes de su propiedad, pero el régimen que los rige es de derecho público.

BIEN FISCAL - Improcedencia de declaración de pertenencia / DECLARACION DE PERTENENCIA - Bienes respecto de los que no procede.

La situación en relación con los bienes fiscales, sin embargo, varió sustancialmente con la expedición del Código de Procedimiento Civil que entró a regir el 1° de julio de 1971, como que en su artículo 413, numeral 4, este Código dispuso que "no procede la declaración de pertenencia si antes de consumarse la prescripción estaba en curso un proceso de división del bien común, ni respecto de bienes imprescriptibles o de propiedad de las entidades de derecho público". Esta disposición fue modificada en su primera parte por el Decreto-ley 2282 de 1989, artículo 1° numeral 210, y corresponde en la actualidad al artículo 407 numeral 4° del Código de Procedimiento Civil, cuyo texto es el siguiente: "La declaración de pertenencia no procede respecto de bienes imprescriptibles o de propiedad de las entidades de derecho público".

NOTA DE RELATORIA: Menciona la sentencia del 16 de noviembre de 1978 de la Corte Suprema de Justicia, sobre la exequibilidad de la expresión "o de propiedad de las entidades de derecho público" del artículo 413-4 del C.P.C.

EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO - Naturaleza de sus funciones / EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO - Constitución de su capital.

En cuanto a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, tal como lo dispone el artículo 115 de la Constitución Política, forman parte

de la Rama Ejecutiva. Por la naturaleza de la función que cumplen, se ubican como una especie del concepto genérico de entidades descentralizadas, siendo parte integrante de la estructura del Estado y de la administración pública. Creadas o autorizadas por la ley, es ésta también la encargada de establecer su régimen jurídico (*ibidem*, arts. 150-7 y 210). Además su capital independiente, está constituido totalmente por bienes y fondos públicos comunes (Decreto-ley 1050 de 1968, art. 6° letra c).

BIENES DE LAS EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO - Improcedencia de acción de pertenencia.

Los bienes de propiedad de las empresas industriales y comerciales del Estado no pueden ser adquiridos por terceras personas mediante la acción de pertenencia, por cuanto son imprescriptibles por mandato del numeral 4° del artículo 407 del Código de Procedimiento Civil.

Autorizada su publicación el 2 de febrero de 1996.

Santa Fe de Bogotá, D. C., 28 de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: *Javier Henao Hidrón.*

Radicación número 697.

Referencia: Viabilidad jurídica de adquirir bienes de propiedad de una Empresa Industrial y Comercial del Estado, mediante prescripción adquisitiva de dominio por parte de terceros.

El señor Ministro de Desarrollo Económico, doctor Rodrigo Marín Bernal, luego de hacer algunas explicaciones preliminares, formula a la Sala la siguiente consulta:

"Como quiera que, el legislador extraordinario no distinguió en la norma contenida en el numeral 4° del artículo 407 del Código de Procedimiento Civil, la calidad de bienes, debe entenderse entonces, que un bien propiedad de una empresa Industrial y Comercial del Estado, puede ser o no adquirido por terceros por prescripción, teniendo en cuenta que la declaración judicial de pertenencia no procede respecto de los bienes de propiedad de las entidades de Derecho Público".

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE:

I. Preceptos legales aplicables. La Sala destaca, para su posterior análisis, las siguientes disposiciones:

"Se llaman bienes de la Unión aquellos cuyo dominio pertenece a la República.

Si además su uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, como el de calles, plazas, puentes y caminos, se llaman bienes de la Unión de uso público o bienes públicos del territorio.

Los bienes de la Unión cuyo uso pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes de la Unión o bienes fiscales" (Código Civil, art. 674).

"Declaración de pertenencia. En las demandas sobre declaración de pertenencia se aplicarán las siguientes reglas:

(...)

4. La declaración de pertenencia no procede respecto de bienes imprescriptibles o de propiedad de las entidades de derecho público". (Código de Procedimiento Civil, art. 407 numeral 4).

"Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables" (Constitución Política, art. 63).

II. La prescripción en el Código Civil. El Código Civil define la prescripción como un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones o derechos ajenos, por haberse poseído las cosas y no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales. Esta definición, contenida en el artículo 2512 del citado Código, encierra dos conceptos: la prescripción adquisitiva o usucapión y la prescripción extintiva o liberatoria. La primera constituye un modo de adquirir el dominio y otros derechos reales, y la segunda, un modo de extinguir los derechos y las acciones.

Como consecuencia, la regla general consiste en que pueden ser adquiridos por prescripción los bienes corporales, muebles o inmuebles, que están en el comercio humano, si se han poseído por el término y con las condiciones legales; de la misma manera, los otros derechos reales que no están especialmente exceptuados, según lo dispone el artículo 2518, mientras el inmediatamente siguiente preceptúa: "Los bienes de uso público no se prescriben en ningún caso".

En el evento de que la prescripción tenga la modalidad de adquisitiva, puede ser ordinaria o extraordinaria. Si es extraordinaria, está sujeta a la comprobación en el proceso judicial de pertenencia de los requisitos que la estructuran: posesión material en el usucapiente; que el bien haya sido poseído durante veinte años; que la posesión se haya cumplido de manera pública e ininterrumpida, y que el bien o derecho sobre el cual se ejerce la posesión, sea susceptible de adquirirse por prescripción. Este último requisito, como se verá en el acápite siguiente, no concurre en relación con el patrimonio estatal.

III. Los bienes del Estado y su carácter de imprescriptibles. Los bienes del Estado, según la clásica distinción de nuestro Código Civil se escinden entre los de uso público y los fiscales o patrimoniales. Ambos pertenecen a la Hacienda Pública y son de similar naturaleza, hallándose su diferencia en su destinación o manera de utilizarlos y en su régimen legal como que en los primeros el uso pertenece a los habitantes del país y están a su servicio permanente (calles, plazas, puentes, caminos, ejidos, etcétera), mientras que los segundos (terrenos, edificios, granjas...) sirven al

Estado como instrumentos materiales para la prestación de los servicios públicos, aunque pueden tomarse también como una especie de reserva patrimonial disponible para fines de utilidad común. Respecto de estos últimos, el Estado los posee y administra a la manera como lo hacen los particulares sobre los bienes de su propiedad, pero el régimen que los rige es de derecho público.

Con todo, el Código Civil expedido en 1887 solamente otorgó a los bienes de uso público el carácter de imprescriptibles. La prohibición fue tajante en tal sentido, y, por tanto, los particulares nunca pudieron acudir a la prescripción como medio para adquirir su dominio, pues sobre ellos era improcedente alegar posesión. Otro tratamiento les fue dado a los bienes fiscales. A éstos la ley no les confirió esa especial protección y por ende estuvieron sometidos al régimen previsto para los bienes de dominio privado.

La situación en relación con los bienes fiscales, sin embargo, varió sustancialmente con la expedición del Código de Procedimiento Civil que entró a regir el 1° de julio de 1971, como que en su artículo 413, numeral 4, este Código dispuso que "no procede la declaración de pertenencia si antes de consumarse la prescripción estaba en curso un proceso de división del bien común, ni respecto de bienes imprescriptibles o de propiedad de las entidades de derecho público". Esta disposición fue modificada en su primera parte por el Decreto-ley 2282 de 1989, artículo 1° numeral 210, y corresponde en la actualidad al artículo 407, numeral 4 del Código de Procedimiento Civil, cuyo texto es el siguiente: "La declaración de pertenencia no procede respecto de bienes imprescriptibles o de propiedad de las entidades de derecho público".

Demandada ante la Corte Suprema de Justicia la expresión "o de propiedad de las entidades de derecho público", esa Corporación, encargada entonces de la guarda de la integridad de la Constitución Política, mediante sentencia de 16 de noviembre de 1978, la declaró exequible, con argumentos como los siguientes:

"Ambas clases de bienes estatales (los bienes de uso público y los bienes fiscales) forman parte del mismo patrimonio y solo tienen algunas diferencias de régimen legal, en razón del distinto modo de utilización. Pero, a la postre, por ser bienes de la hacienda pública tienen un régimen de derecho público, aunque tengan modos especiales de administración. El Código Fiscal, Ley 110 de 1912, establece precisamente el régimen derecho público para la administración de los bienes fiscales nacionales. Régimen especial, separado y autónomo de la reglamentación del dominio privado. No se ve, por eso, porqué están unos amparados con el privilegio estatal de la imprescriptibilidad y los otros no, siendo uno mismo su dueño e igual su destinación final, que es el del servicio de los habitantes del país. Su afectación, así no sea inmediata sino potencial al servicio público, debe excluirlos de la acción de pertenencia, para hacer prevalecer el interés público o social sobre el particular.

(...)

Al excluir los bienes fiscales de propiedad de las entidades de derecho público de la acción de pertenencia, como lo dispone la norma acusada, no se presenta infracción

del artículo 30 de la Constitución, por desconocimiento de su función social, sino que ese tratamiento es el que corresponde al titular de su dominio y a su naturaleza, de bienes del Estado y a su destinación final de servicio público".

Con la Constitución de 1991, las características de ser inalienables, imprescriptibles e inembargables se predican no sólo de los bienes de uso público sino también de los parques naturales, de las tierras comunales de grupos étnicos, de las tierras de resguardo indígena, del patrimonio arqueológico de la Nación "y de los demás bienes que determine la ley" (art. 63).

Es clara, pues, la potestad de la ley para prescribir lo que estime conducente en relación con los bienes fiscales o bienes patrimoniales de las entidades de derecho público.

En cuanto a las empresas industriales y comerciales del Estado, tal como lo dispone el artículo 115 de la Constitución Política, forman parte de la Rama Ejecutiva. Por la naturaleza de la función que cumplen, se ubican como una especie del concepto genérico de entidades descentralizadas, siendo parte integrante de la estructura del Estado y de la administración pública. Creadas o autorizadas por la ley, es ésta también la encargada de establecer su régimen jurídico (*ibidem*, art. 150-7 y 210). Además, su capital independiente, está constituido totalmente con bienes o fondos públicos comunes (Decreto-ley 1050 de 1968, art. 6°, letra c).

En concordancia con lo expuesto, la Sala responde:

Los bienes de propiedad de las empresas industriales y comerciales del Estado no puede ser adquiridos por terceras personas mediante la acción de pertenencia, por cuanto son imprescriptibles por mandato del numeral 4° del artículo 407 del Código de Procedimiento Civil.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a los señores Ministro de Desarrollo Económico y Secretario Jurídico de la República (C.C.A., art. 112).

Humberto Mora Osejo, Presidente de la Sala; *Javier Henao Hidrón; Luis Camilo Osorio Isaza; Roberto Suárez Franco.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

CONSULTA NUMERO 699
(28 de junio de 1995)

SUSTITUCION PATRONAL - Inalterabilidad de los derechos laborales.

Con respecto a la sustitución patronal, el artículo 8º, de la Ley 6ª de 1945; los artículos 53 y 54 del Decreto 2127 de 1945 y 2º de la Ley 64 de 1946 determinan que la sustitución del patrono no interrumpe, modifica, ni extingue los contratos de trabajo celebrados por el patrono sustituido, quien deberá responder solidariamente en el sustituto durante el año siguiente a la fecha en que se consume la sustitución por todas las obligaciones anteriores derivadas de los contratos de trabajo o de la ley, debiendo el sustituto responder por las que surjan a partir de ese momento. De conformidad con las disposiciones citadas, el régimen laboral existente entre trabajadores y patronos no se altera por la sustitución patronal, por lo tanto los derechos que se deriven del contrato individual de trabajo o de los pactos o convenciones colectivas, permanecen incólumes y por ellos responden solidariamente los patronos sustituto y sustituido durante el año siguiente a la fecha en que tenga lugar la sustitución.

SUSTITUCION PATRONAL - Principio de favorabilidad de los derechos laborales.

La sustitución patronal no altera las relaciones laborales de los trabajadores consignadas en la ley, los contratos individuales, o en las convenciones o pactos colectivos, los cuales conservan su vigencia plena haciendo responsables solidariamente ante los trabajadores a los dos patronos, anterior y sustituto; las disposiciones más favorables, lo mismo que las convenciones y decisiones arbitrales, se aplican de preferencia sobre las estipulaciones de los contratos individuales.

EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Régimen laboral aplicable / SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA - Transformación / EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO - Régimen laboral aplicable.

Quienes están vinculados a las empresas de servicios públicos, privadas o mixtas, tienen el carácter de trabajadores particulares, sujetos al

régimen del Código Sustantivo del Trabajo y a lo dispuesto en la ley. Sin embargo, si los propietarios de la nueva empresa de generación con carácter de sociedad de economía mixta, no desean que su capital esté representado por acciones, debe adoptar la forma de empresa industrial y comercial del Estado y en consecuencia el régimen laboral aplicable será el que corresponde a estas últimas, según el artículo 5° del Decreto 3135 de 1968, en donde tiene el carácter de trabajadores oficiales, con la salvedad de que los estatutos de la entidad podrán determinar "qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan calidad de empleados públicos".

ISA - Escisión / SUSTITUCION PATRONAL - Régimen laboral.

El régimen laboral aplicable en la sustitución patronal es el que corresponde a los actuales trabajadores de la Empresa de Interconexión Eléctrica S.A. -ISA-, toda vez que de lo que se trata el régimen de la sustitución, es de defender la vigencia de los contratos existentes, creando al respecto una solidaridad entre los patronos, hasta por un año, respecto de "todas las obligaciones anteriores" (Ley 6° de 1945 art. 8°) lo cual, evidentemente, incluye los contratos individuales, el pacto y la convención colectivos con todas las consecuencias que los afecten; además, conviene precisar que el tratamiento que el Código Sustantivo de Trabajo consagra por la sustitución patronal es en esencia el mismo establecido en la Ley 6ª de 1945, el Decreto 2127 de 1945 y la Ley 64 de 1946 que rigen la sustitución patronal, por mandato expreso del Decreto 1521 de 1994.

EMPLEADO CON FUERO SINDICAL - Calificación judicial sobre decisión de condiciones laborales.

En lo atinente a los pronunciamientos que debe hacer el juez de trabajo siempre que haya necesidad de tomar decisiones respecto de las condiciones laborales de un trabajador con fuero, aquéllos están consagrados expresamente en la disposición que define el fuero sindical y no habiendo consagrado la ley excepciones al respecto, en todo momento que se vaya a actuar en tal sentido, deberá obtenerse la calificación judicial correspondiente. Se estima que ésta es una exigencia de orden público, irrenunciable.

FUERO SINDICAL - Derecho colectivo.

El fuero sindical es un derecho de carácter colectivo de que gozan los sindicatos por el cual se garantiza a sus representantes la estabilidad necesaria para el cumplimiento de su gestión a menos que medie permiso judicial previo.

Santa Fe de Bogotá, D. C., veintiocho (28) de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: *Luis Camilo Osorio Isaza.*

Radicación número 699.

Referencia: Sustitución patronal originada en la escisión de ISA.

El Ministro de Minas y Energía ha formulado a la Sala la siguiente consulta:

"1. ¿La sustitución patronal originada en la escisión de ISA tiene aplicación para los derechos colectivos (permisos sindicales, ayudas sindicales, oficinas para la directiva nacional y subdirectivas, etc.) contemplados en el pacto y la convención colectiva de trabajo?

2. Si la participación del Estado en la nueva empresa de generación, que tendrá el carácter de sociedad de economía mixta fuera igual o superior al 90% del capital social, situación que a la luz de lo dispuesto por el artículo 3° del Decreto-ley 130 de 1976 da lugar a que se aplique el régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado ¿tendría aplicación para su personal lo establecido por el artículo 41 de la Ley 142 de 1994, habida cuenta de que el artículo 5° del Decreto 3135 de 1968 señala como norma general que las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales?

3. Si el objeto de la nueva empresa de generación no es el de prestar servicios públicos de los denominados domiciliarios, ¿es aplicable para su personal lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley 142 de 1994?

4. ¿El fuero sindical es considerado como un derecho de carácter individual o de carácter colectivo?

5. De acuerdo con la respuesta al punto precedente y teniendo en cuenta el caso atípico de sustitución patronal por creación de una empresa, ¿debe solicitarse permiso previo a los jueces laborales para poder trasladar a los actuales directivos sindicales de ISA amparados por fuero sindical que, por razón de la escisión, deben ser ubicados en la nueva empresa de generación?

6. Considerando que al momento de creación de una empresa no existen contratos colectivos, el personal que ingrese a la empresa de generación, distinto del que sea trasladado de ISA por la escisión ¿tiene derecho a gozar de los beneficios individuales y prestaciones extralegales contemplados en los actuales contratos colectivos de ISA?

7. El laudo que expida el tribunal de arbitramento sobre el tema de que trata el numeral h) de las consideraciones expuestas ¿tiene aplicación tanto en ISA como en la nueva empresa de generación?

ANTECEDENTES

La consulta que el Ministro de Minas y Energía ha elevado a la corporación tiene por objeto aclarar algunas situaciones laborales entre la empresa de Interconexión Eléctrica

régimen del Código Sustantivo del Trabajo y a lo dispuesto en la ley. Sin embargo, si los propietarios de la nueva empresa de generación con carácter de sociedad de economía mixta, no desean que su capital esté representado por acciones, debe adoptar la forma de empresa industrial y comercial del Estado y en consecuencia el régimen laboral aplicable será el que corresponde a estas últimas, según el artículo 5° del Decreto 3135 de 1968, en donde tiene el carácter de trabajadores oficiales, con la salvedad de que los estatutos de la entidad podrán determinar "qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan calidad de empleados públicos".

ISA - Escisión / SUSTITUCION PATRONAL - Régimen laboral.

El régimen laboral aplicable en la sustitución patronal es el que corresponde a los actuales trabajadores de la Empresa de Interconexión Eléctrica S.A. -ISA-, toda vez que de lo que se trata el régimen de la sustitución, es de defender la vigencia de los contratos existentes, creando al respecto una solidaridad entre los patronos, hasta por un año, respecto de "todas las obligaciones anteriores" (Ley 6° de 1945 art. 8°) lo cual, evidentemente, incluye los contratos individuales, el pacto y la convención colectivos con todas las consecuencias que los afecten; además, conviene precisar que el tratamiento que el Código Sustantivo de Trabajo consagra por la sustitución patronal es en esencia el mismo establecido en la Ley 6ª de 1945, el Decreto 2127 de 1945 y la Ley 64 de 1946 que rigen la sustitución patronal, por mandato expreso del Decreto 1521 de 1994.

EMPLEADO CON FUERO SINDICAL - Calificación judicial sobre decisión de condiciones laborales.

En lo atinente a los pronunciamientos que debe hacer el juez de trabajo siempre que haya necesidad de tomar decisiones respecto de las condiciones laborales de un trabajador con fuero, aquéllos están consagrados expresamente en la disposición que define el fuero sindical y no habiendo consagrado la ley excepciones al respecto, en todo momento que se vaya a actuar en tal sentido, deberá obtenerse la calificación judicial correspondiente. Se estima que ésta es una exigencia de orden público, irrenunciable.

FUERO SINDICAL - Derecho colectivo.

El fuero sindical es un derecho de carácter colectivo de que gozan los sindicatos por el cual se garantiza a sus representantes la estabilidad necesaria para el cumplimiento de su gestión a menos que medie permiso judicial previo.

Santa Fe de Bogotá, D. C., veintiocho (28) de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: *Luis Camilo Osorio Isaza.*

Radicación número 699.

Referencia: Sustitución patronal originada en la escisión de ISA.

El Ministro de Minas y Energía ha formulado a la Sala la siguiente consulta:

"1. ¿La sustitución patronal originada en la escisión de ISA tiene aplicación para los derechos colectivos (permisos sindicales, ayudas sindicales, oficinas para la directiva nacional y subdirectivas, etc.) contemplados en el pacto y la convención colectiva de trabajo?

2. Si la participación del Estado en la nueva empresa de generación, que tendrá el carácter de sociedad de economía mixta fuera igual o superior al 90% del capital social, situación que a la luz de lo dispuesto por el artículo 3° del Decreto-ley 130 de 1976 da lugar a que se aplique el régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado ¿tendría aplicación para su personal lo establecido por el artículo 41 de la Ley 142 de 1994, habida cuenta de que el artículo 5° del Decreto 3135 de 1968 señala como norma general que las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales?

3. Si el objeto de la nueva empresa de generación no es el de prestar servicios públicos de los denominados domiciliarios, ¿es aplicable para su personal lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley 142 de 1994?

4. ¿El fuero sindical es considerado como un derecho de carácter individual o de carácter colectivo?

5. De acuerdo con la respuesta al punto precedente y teniendo en cuenta el caso atípico de sustitución patronal por creación de una empresa, ¿debe solicitarse permiso previo a los jueces laborales para poder trasladar a los actuales directivos sindicales de ISA amparados por fuero sindical que, por razón de la escisión, deben ser ubicados en la nueva empresa de generación?

6. Considerando que al momento de creación de una empresa no existen contratos colectivos, el personal que ingrese a la empresa de generación, distinto del que sea trasladado de ISA por la escisión ¿tiene derecho a gozar de los beneficios individuales y prestaciones extralegales contemplados en los actuales contratos colectivos de ISA?

7. El laudo que expida el tribunal de arbitramento sobre el tema de que trata el numeral h) de las consideraciones expuestas ¿tiene aplicación tanto en ISA como en la nueva empresa de generación?

ANTECEDENTES

La consulta que el Ministro de Minas y Energía ha elevado a la corporación tiene por objeto aclarar algunas situaciones laborales entre la empresa de Interconexión Eléctrica

S.A. -ISA- y sus trabajadores con motivo de la escisión de la entidad, que estando próxima a culminar, dará lugar a dos nuevas empresas. Al respecto el Ministro hace las formulaciones que a continuación se sintetizan:

En desarrollo del artículo transitorio 48 de la Constitución Política, que otorgó tres meses al Gobierno para presentar los proyectos de ley relativos al régimen jurídico de los servicios públicos, se produjeron la Ley 142 de 1994, "por la cual se establece el régimen de servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones" y 143 del mismo año "por la cual se establece el régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional, se conceden unas autorizaciones, y se dictan otras disposiciones en materia energética".

Los artículos 167 de la Ley 142 de 1994 y 32 de la Ley 143 del mismo año disponen la reforma y escisión de ISA y autorizan al Gobierno para que, a partir del aporte consistente en los activos de generación de energía, organice una nueva empresa con carácter de sociedad de economía mixta. Los parágrafos 4° de ambas disposiciones establecen que el personal de planta de ISA será reubicado en las empresas a que dé origen la escisión, respetando los derechos adquiridos de los trabajadores.

Como quiera que los citados artículos consagraron autorizaciones para organizar una nueva empresa, el Gobierno expidió el Decreto 1521 del 15 de julio de 1994 "por el cual se organiza una empresa de generación de energía eléctrica y se adoptan otras disposiciones".

El artículo 8° de la citada norma dice:

"ART. 8°. Las normas que rigen la sustitución patronal previstas en los artículos 8° de la Ley 6ª de 1945; 53 y 54 del Decreto reglamentario 2127 de 1945 y segundo de la Ley 64 de 1946 tendrán aplicación para el personal de ISA que se traslade por la escisión a la nueva empresa.

Parágrafo. La empresa que se constituye por la escisión de ISA continuará con los contratos de trabajo y ninguna de las situaciones jurídicas que pudieran presentarse dará lugar a solución de continuidad en relación con los mismos". (Decreto 1521/94).

Acerca de este punto, la consulta señala que,

"En el pacto y la convención colectivos de trabajo actualmente vigentes en ISA, cláusula 5ª y art. 9° respectivamente, también se encuentra consagrada la aplicación de la sustitución patronal por escisión de la empresa".

En estos documentos se consignó sobre el particular textualmente;

"Pacto colectivo. - Cláusula 5ª. - Sustitución patronal -

En caso de que Interconexión Eléctrica S.A. -ISA- por cualquier motivo cambie de razón social o de estructura jurídica o a cualquier título sea transferida

total o parcialmente, vendida, escindida, permutada o arrendada y como consecuencia de lo anterior se constituyan nuevas empresas o entidades, tales circunstancias no extinguen, suspenden o modifican los contratos de trabajo existentes con los trabajadores, de tal manera que éstos continuarán, con sus derechos legales, contractuales, reglamentarios y extralegales y no se desmejorarán los beneficios contemplados en el presente pacto colectivo.

En consecuencia, las nuevas empresas o entidades continuarán con los contratos de trabajo del personal vinculado a ISA y ninguna de las situaciones jurídicas enunciadas, dará lugar a solución de continuidad en relación con los mismos". (las rayas fuera de texto).

...

"Convención colectiva. - Artículo 9°. - Sustitución Patronal. -

En caso de que la empresa, por cualquier motivo cambie de razón social o de estructura jurídica, o a cualquier título sea transferida total o parcialmente, vendida permutada o arrendada y como consecuencia de lo anterior sus instalaciones pasen a persona (s) natural (es) o jurídicas (s) distinta (s) a la (s) actual (es), sus trabajadores continuarán con sus derechos legales, contractuales, convencionales, reglamentarios y extralegales ya existentes.

En consecuencia, la empresa se obliga a respetar y cumplir todas las normas laborales contenidas en las leyes, convenciones, acuerdos, decisiones y reglamentos, y a no desmejorar las condiciones de trabajo y de remuneración vigentes en el momento en que ocurra cualquiera de los eventos previstos en este artículo.

Así mismo, la empresa continuará fortaleciendo su política de estabilidad, capacitación e incentivos a todo su personal". (Las rayas fuera de texto).

Además, en relación con el pacto y la convención colectivos que ISA tiene celebrados, la consulta consigna la siguiente observación:

"Los últimos contratos colectivos, -pacto y convención-, celebrados por ISA con sus trabajadores se acordaron para una vigencia comprendida entre el 1° de abril de 1994 y el 31 de marzo de 1996, con dos períodos de doce meses cada uno. Respecto a la convención está pendiente que un Tribunal de Arbitramento defina lo relacionado con las pensiones de jubilación (aplicación de la Ley 100), único punto en que las partes no pudieron llegar a un acuerdo directo".

En cuanto al artículo 5° del Decreto-ley 3135 de 1968 su texto es el siguiente:

"Empleados públicos y trabajadores oficiales. - Las personas que prestan sus servicios en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos son empleados públicos; sin embargo, los trabaja-

dores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. En los estatutos de los establecimientos públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo.

Las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o de confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos".

Finalmente, el texto del artículo 3° del Decreto 130 de 1976, señala:

"Art. 3°. Del régimen aplicable a las sociedades con aporte nacional igual o superior al 90% del capital social. Las sociedades de Economía Mixta en las cuales el aporte de la Nación o de sus entidades descentralizadas fuere igual o superior al 90% del capital social, se sujetan a las normas previstas para las empresas industriales y comerciales.

Cuando en estas sociedades la participación oficial fuere exclusivamente de entidades descentralizadas, en el respectivo contrato social se señalará quién elige o designa su gerente y se determinarán la composición y presidencia de sus Juntas Directivas.

La Sala considera:

La sustitución patronal

Con respecto a la sustitución patronal, el artículo 8° de la Ley 6ª de 1945; los artículos 53 y 54 del Decreto 2127 de 1945 y 2° de la Ley 64 de 1946 determinan que la sustitución del patrono no interrumpe, modifica, ni extingue los contratos de trabajo celebrados por el patrono sustituido, quien deberá responder solidariamente con el sustituto durante el año siguiente a la fecha en que se consume la sustitución por todas las obligaciones anteriores derivadas de los contratos de trabajo o de la ley, debiendo el sustituto responder por las que surjan a partir de ese momento.

De conformidad con las disposiciones citadas, el régimen laboral existente entre trabajadores y patronos no se altera por la sustitución patronal, por lo tanto los derechos que se deriven del contrato individual de trabajo o de los pactos o convenciones colectivos, permanecen incólumes y por ellos responden solidariamente los patronos sustituto y sustituido durante el año siguiente a la fecha en que tenga lugar la sustitución.

En lo atinente a la convención y al pacto colectivos suscritos por la empresa de interconexión eléctrica S.A. -ISA-, para precisar su alcance conviene recordar el artículo 49 de la Ley 6ª de 1945, aplicable en cuanto se trate de trabajadores oficiales, cuyo texto es del siguiente tenor.

"Art. 49. Las disposiciones legales, en cuanto sean más favorables a los intereses de los trabajadores, se aplicarán de preferencia a las estipulaciones de la convención colectiva de trabajo, o de las decisiones arbitrales; a su turno, las cláusulas de éstas sustituyen de derecho las de los contratos individuales, anteriores o subsiguientes, en cuanto sean de mayor beneficio para los trabajadores".

Así las cosas, la sustitución patronal no altera las relaciones laborales de los trabajadores consignadas en la ley, los contratos individuales, o en las convenciones o pactos colectivos, los cuales conservan su vigencia plena haciendo responsables solidariamente ante los trabajadores a los dos patronos, anterior y sustituto; y las disposiciones más favorables, lo mismo que las convenciones y decisiones arbitrales, se aplican de preferencia sobre las estipulaciones de los contratos individuales.

Naturaleza jurídica de la vinculación del personal en las sociedades de economía mixta.

Según los términos del artículo 3° del Decreto-ley 130 de 1976, el régimen aplicable a las sociedades de economía mixta que tengan un aporte nacional igual o superior al 90% del capital social, es el de las empresas industriales y comerciales del Estado el cual, de acuerdo con el citado artículo 5° del Decreto 3135 de 1968, define en general como trabajadores oficiales, a sus servidores.

De otro lado, como el artículo 492 del Código Sustantivo del Trabajo mantuvo la vigencia de las normas anteriores a ese estatuto en lo relativo al derecho individual del trabajo de los trabajadores oficiales, los contratos de trabajo de éstos se rigen por las normas especiales, el respectivo contrato individual y la convención y el pacto colectivos si los hubiere, según lo disponen el artículo 49 de la Ley 6ª de 1945; el artículo 4° del Decreto,2127 de 1945.

Contenido del artículo 41 de la Ley 142 de 1994.

El artículo 41 de la Ley 142 de 1994, trata dos situaciones distintas: en primer lugar le da carácter de trabajadores particulares, sometidos al Código Sustantivo del Trabajo y a lo dispuesto en la ley a las personas en términos generales, "que presten sus servicios a las empresas de servicios públicos privadas o mixtas"; y en segundo lugar establece que las entidades descentralizadas de cualquier orden nacional o territorial cuyos propietarios no deseen que su capital esté representado en acciones, deberán adoptar la forma de empresa industrial y comercial del estado, prescindiendo del régimen de división de su capital social en acciones.

Lo anterior señala que en la primera hipótesis quienes están vinculados a las empresas de servicios públicos, privadas o mixtas, tienen carácter de trabajadores particulares, sujetos al régimen del Código Sustantivo del Trabajo y a lo dispuesto en la ley.

Sin embargo, si los propietarios de la nueva empresa de generación con carácter de sociedad de economía mixta, no desean que su capital esté representado por accio-

nes, debe adoptar la forma de empresa industrial y comercial del Estado y en consecuencia el régimen laboral aplicable será el que corresponde a estas últimas, según el artículo 5° del Decreto 3135 de 1968, en donde tienen el carácter de trabajadores oficiales, con la salvedad de que los estatutos de la entidad podrán determinar "qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan calidad de empleados públicos".

Régimen laboral aplicable

En todo caso, el régimen laboral aplicable en la sustitución patronal es el que corresponde a los actuales trabajadores de la empresa de interconexión eléctrica S.A. -ISA-, toda vez que de lo que se trata en el régimen de la sustitución, es de defender la vigencia de los contratos existentes, creando al respecto una solidaridad entre los patronos, hasta por un año, respecto de "todas las obligaciones anteriores" (Ley 6ª de 1945 art. 8°) lo cual, evidentemente, incluye los contratos individuales, el pacto y la convención colectivos con todas las consecuencias que los afecten; además, conviene precisar que el tratamiento que el Código Sustantivo del Trabajo consagra para la sustitución patronal es en esencia el mismo establecido en la Ley 6ª de 1945, el Decreto 2127 de 1945 y la Ley 64 de 1946 que rigen la sustitución patronal, por mandato expreso del Decreto 1521 de 1994.

Ambito de aplicación de la Ley 142 de 1994.

El propio texto de la ley, según el artículo 1°, lo precisa de la siguiente manera:

> "Ambito de aplicación de la ley. Esta ley se aplica a los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural; a las actividades que realicen las personas prestadoras de servicios públicos de que trata el artículo 15 de la presente ley, y a las actividades complementarias definidas en el capítulo II del presente título y a los otros servicios previstos en normas especiales de esta ley."

La Ley 142 de 1994 tiene entonces un ámbito de aplicación específico para determinados servicios públicos; de otro lado el artículo 41, habida consideración de que las puntualizaciones del artículo 1° establecen un campo amplio, resolvió señalar el carácter de "las personas que presten sus servicios a las empresas de servicios públicos, privadas o mixtas" en términos generales, siempre que se ubiquen dentro de la comprensión de la prestación de los servicios señalados por el artículo 1° transcrito.

El servicio público domiciliario de energía eléctrica ha de entenderse, según la definición del artículo 14.25 de la Ley 142 de 1994, así:

> "Es el transporte de energía eléctrica desde las redes regionales de transmisión hasta el domicilio del usuario final, incluida su conexión y medición. También se aplicará esta ley a las actividades complementarias de generación, de comercialización, de transformación, interconexión y transmisión".

La actividad de la generación, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional se rige por la Ley 143 de 1994 que tiene carácter especial sobre la materia, pero en todo caso las actividades están remitidas al régimen de los servicios domiciliarios y se les aplica la misma ley en lo pertinente.

El fuero sindical

El artículo 405 del Código Sustantivo del Trabajo define el fuero sindical como sigue:

> "Se denomina fuero sindical la garantía de que gozan algunos trabajadores de no ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a municipio distinto, sin justa causa, previamente calificada por al juez de trabajo".

En lo atinente a los pronunciamientos que debe hacer el juez de trabajo siempre que haya necesidad de tomar decisiones respecto de las condiciones laborales de un trabajador con fuero, aquéllos están consagrados expresamente en la disposición que define el fuero sindical y no habiendo consagrado la ley, excepciones al respecto, en todo momento que se vaya a actuar en tal sentido, deberá obtenerse la calificación judicial correspondiente. Se estima que esta es una exigencia de orden público, irrenunciable.

LA SALA RESPONDE:

1. La sustitución patronal originada en la escisión de ISA impone respetar todas las obligaciones derivadas de los contratos individuales de trabajo, así como las contenidas en el pacto y la convención colectiva.

2. Si la nueva empresa de generación, se constituye con carácter de sociedad de economía mixta y participación del Estado igual o superior al 90% del capital social y conserva el régimen de capital representado en acciones, propio de las empresas de servicios públicos, sus trabajadores tendrán carácter de trabajadores particulares; pero los trabajadores que venían vinculados a ISA mantienen por excepción el carácter de trabajadores oficiales correspondiente a las empresas industriales y comerciales del Estado.

Si los propietarios de la empresa no desean que su capital esté representado en acciones, deberá adoptar la forma de empresa industrial y comercial del Estado y sus trabajadores serán oficiales; los estatutos determinarán qué actividades de dirección o de confianza serán desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos.

3. Lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley 142 de 1994 es aplicable al personal de empresas de servicios públicos domiciliarios en general, como las de energía eléctrica y por expresa remisión de la misma ley (art. 14) se aplica también a las actividades complementarias, incluida la de generación.

4. El fuero sindical es un derecho de carácter colectivo de que gozan los sindicatos por el cual se garantiza a sus representantes la estabilidad necesaria para el cumplimiento de su gestión a menos que medie permiso judicial previo.

5. Debe solicitarse permiso previo a los jueces laborales para poder trasladar a los actuales directivos sindicales de ISA que estén amparados por fuero sindical y que por razón de la escisión deban ser ubicados en la nueva empresa de generación.

6. El personal que ingrese a la nueva empresa de generación, distinto del que sea trasladado de ISA por la escisión, no tiene derecho a gozar de los beneficios que se deriven del pacto y la convención colectivos, suscritos con los antiguos trabajadores; salvo que los afiliados al sindicato que suscriba la convención represente número mayor de un tercio del total de trabajadores de la empresa, en cuyo caso, ésta se extiende a todos.

7. El laudo que expida el Tribunal de Arbitramento tiene aplicación para el personal que se encuentra amparado por la convención colectiva.

Transcríbase en sendas copias auténticas a los señores Ministro de Minas y Energía y Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

Humberto Mora Osejo, Presidente de la Sala; *Javier Henao Hidrón; Luis Camilo Osorio Isaza; Roberto Suárez Franco.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretària de la Sala.

CONSULTA NUMERO 700

(4 de julio de 1995)

INDUMIL - Facultades / INDUMIL - Límite en la participación de sociedades / NITRATO DE AMONIO - Fabricación.

En el caso de Indumil, el Decreto 1684 de 1985 por el cual se aprobaron los estatutos de la Industria Militar, prescribe que tal entidad, para el cumplimiento de sus funciones, podrá "constituir sociedades o compañías con otras personas naturales o jurídicas conforme a las disposiciones legales" (art. 26). Debe observarse que la norma no distingue entre personas naturales o jurídicas, ni entre nacionales o extranjeros por lo que dicha facultad debe entenderse conferida para la constitución de sociedades con toda clase de personas como socias, sin perjuicio de lo que dispongan las leyes para la incorporación al país de empresas extranjeras. Pero la facultad conferida a Indumil por ley y por sus propios estatutos consistente en poder participar en la constitución de otras sociedades está limitada a que con su ejercicio se persiga el cumplimiento de su objeto que determina su capacidad legal. De otra parte, si entre las actividades que puede desarrollar Indumil en cumplimiento de su objeto está la de la fabricación, ésta debe entenderse obviamente en consonancia con el artículo 223 de la Constitución Política mediante el cual la fabricación de explosivos está reservada al Gobierno. El nitrato de amonio no es de por sí un explosivo sino una materia prima básica para su fabricación. De consiguiente y en virtud de la autorización legal que le fue otorgada por el Decreto 2069 de 1984, art. 1°, es viable jurídicamente la constitución por parte de Indumil de una sociedad de economía mixta, para fabricar dicho elemento.

Autorizada su publicación el 21 de julio de 1995.

Santa Fe de Bogotá, D. C., cuatro (4) de julio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: *Roberto Suárez Franco.*

Radicación número 700.

Referencia: Consulta del Ministerio de Defensa Nacional relacionada con la viabilidad jurídica de que Indumil celebre mediante el trámite de contratación directa, contratos de asociación para desarrollar actividades industriales y comerciales.

El señor Ministro de Defensa Nacional, doctor Fernando Botero Zea, formula a la Sala la consulta en los siguientes términos textuales:

"Constitución de una sociedad de economía mixta por parte de la Industria Militar.

A. ANTECEDENTES LEGALES

1. Constitución Política de 1991.

El artículo 150 N° 7° señala como funciones del Congreso... "crear o autorizar la constitución de Empresas Industriales del Estado y Sociedades de Economía Mixta".

Artículo 223, establece: "Sólo el Gobierno puede introducir y fabricar armas, municiones de guerra y explosivos..."

Este principio existía desde la Constitución Política de 1886, en el mismo sentido, pero sin la mención de explosivos.

2. Decreto 2346 de 1971

Como es de conocimiento del honorable Consejo de Estado, el Decreto 2346 de 1971 (Decreto ley expedido con base en las facultades extraordinarias de la Ley 7ª de 1970) en su artículo 1° señala que Indumil es una empresa Industrial y Comercial del Estado, vinculada al Ministerio de Defensa Nacional, encargada de desarrollar la política general del Gobierno en materia de importación, fabricación y comercio de armas, municiones, explosivos y elementos complementarios, así como la explotación de los ramos industriales acordes con su especialidad.

Por su parte, el artículo 3° del decreto en mención establece que son funciones de Indumil, "...c) Realizar la fabricación y el comercio de armas deportivas, de defensa personal, municiones, explosivos y materias primas para éstos, d) Explotar los ramos industriales que le permitan la utilización de las maquinarias y equipos de sus fábricas, con miras a complementar las necesidades industriales del país y de la exportación..."

El artículo 4° de este decreto establece:

"La Industria Militar para el cumplimiento de sus funciones podrá realizar toda clase de actos y contratos, tanto de disposición como administración, ya sean civiles, comerciales o administrativos y podrá constituir sociedades o compañías con otras personas naturales o jurídicas" (subrayado fuera de texto).

3. Ley 19 de 1983

Reviste de facultades *pro tempore* al Presidente de la República para:

"1. Reorganizar el Ministerio de Defensa Nacional y las Fuerzas Militares.

2. Modificar las normas orgánicas de las Entidades Descentralizadas adscritas al Ministerio de Defensa, con atribución para suprimir, fusionar o crear organismos de esta naturaleza..."

4. Decreto 2069 del 24 de agosto de 1984

Modifica el Decreto 2346 de 1971 y establece que el artículo 3° de dicho decreto quedará así: c) Fabricar, importar y comercializar armas deportivas, de defensa personal, municiones, explosivos y materias primas para estos; d) Producir, importar y comercializar materias primas para utilización industrial con las cuales puedan formarse mezclas explosivas. e) Explotar los ramos industriales que permitan la utilización de las maquinarias y equipos de sus fábricas, con miras a complementar las necesidades industriales del país y de la exportación..."

Indica adicionalmente que el artículo 4° quedará así:

"f) La Industria Militar para el cumplimiento de sus funciones podrá celebrar toda clase de actos y contratos.

Igualmente, constituir sociedades o compañías con otras personas naturales o jurídicas, previa autorización del Gobierno Nacional mediante decreto ejecutivo" (subrayado fuera de texto).

5. Decreto 1684 de 24 de junio de 1985

Reorganiza Indumil conforme a las disposiciones establecidas por los Decretos 1050 y 3130 de 1968, Decreto 2346 de 1971, Decreto 2069 de 1984, y Decreto 1684 de 1985 mediante el cual se aprueban los Estatutos de la Industria Militar.

El artículo 3° de este decreto establece que el objeto de Indumil es "...desarrollar la política general del Gobierno en materia de importación, fabricación y comercio de armas, municiones y explosivos y elementos complementarios, así como la explotación de los ramos industriales acordes con su especialidad".

Por otra parte el artículo 6° establece, dentro de las funciones de Indumil las siguientes:

"d. Fabricar, importar y comercializar materias primas para utilización industrial con las cuales puedan formarse mezclas explosivas.

e. Prestar asesoría y servicios relacionados con la producción que conforme a la ley le corresponde.

f. Explotar los ramos industriales que permitan la utilización de las maquinarias y equipos de sus fábricas, con miras a complementar las necesidades industriales del país y la exportación".

En el artículo 22 se establece que "los actos y hechos que Indumil realice para el desarrollo de sus actividades industriales y comerciales, están sujetos a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria conforme a las normas de competencia sobre la materia..."

Señala en su artículo 26 que: "La Industria Militar, para el cumplimiento de sus funciones podrá celebrar toda clase de actos y contratos. Igualmente constituir sociedades y compañías con otras personas naturales o jurídicas conforme a las disposiciones legales".

6. Ley 61 de 1993

Reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias por el término de 6 meses para... c) Regular la importación, exportación y comercialización de armas, municiones, explosivos y maquinaria para su fabricación.

7. Decreto 2535 del 17 de diciembre de 1993.

Con base en la Ley 61 de 1993, el Gobierno expide este decreto que contiene normas sobre armas, municiones y explosivos.

El artículo 2° de este establece: "Sólo el Gobierno puede introducir al país, exportar, fabricar y comercializar armas, municiones, explosivos y las materias primas, maquinaria y artefactos para su fabricación y ejercer el control sobre tales actividades".

Artículo 5°. Definición de explosivo: "Se entiende por explosivo, todo cuerpo o mezcla que en determinadas condiciones puede producir rápidamente una gran cantidad de gases con violentos efectos mecánicos o térmicos".

El artículo 51 que determina los requisitos para la venta de explosivos o sus accesorios, establece en su parágrafo 2°: "Previa coordinación, se podrá autorizar la fabricación y venta de explosivos en el sitio de trabajo".

El parágrafo 3° determina que "El Gobierno Nacional, podrá ejercer control sobre los elementos requeridos para uso industrial, que sin serlo individualmente, en conjunto, conforman sustancias explosivas y sobre los elementos que sin serlo de manera original, mediante un proceso pueden transformarse en explosivos".

"Artículo 57. Importación y exportación de armas, municiones y explosivos. Solamente el Gobierno Nacional, podrá importar y exportar armas, municiones y sus accesorios de acuerdo con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional, por conducto del Ministerio de Defensa Nacional.

La importación de explosivos y de las materias primas complementadas en el parágrafo 3° del artículo 51 de este decreto, podrá llevarse a cabo a solicitud de los particulares por razones de conveniencia comercial, salvo por circunstancias de defensa y seguridad nacional. La entidad gubernamental encargada de estas operaciones no podrá derivar utilidad alguna y solamente cobrará los costos de administración y manejo".

B. JURISPRUDENCIA.

CORTE CONSTITUCIONAL

Sentencia N° C-031 de fecha 2 de febrero de 1995. Actor: Alexandre Sochandamandou. Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara.

Sentencia N° C-033 de fecha 9 de febrero de 1995. Actor: Alexandre Sochandamandou. Magistrado Sustanciador: Alejandro Martínez Caballero.

C. ANTECEDENTES HISTORICOS.

BREVE RESEÑA DEL PROYECTO DE NITRATO DE AMONIO.

En concordancia con las funciones que por la ley le fueron otorgadas a la Industria Militar, ésta planteada la producción nacional de Nitrato de Amonio técnico como quiera que es la materia prima presente en todas las formulaciones de los explosivos industriales modernos, sustituyendo así las importaciones de este insumo, para atender las necesidades domésticas y generar exportaciones.

Para ello, en 1984 la Industria Militar adelantó un Estudio de Factibilidades de Producción de Nitrato de Amonio en conjunto con el IIT, considerándolo técnica y económicamente viable. Posteriormente, en 1992 se realizó una actualización de este estudio, elaborado por un grupo de profesionales de la empresa.

Como consecuencia de esta actualización y debido a diversos factores confluyentes en un momento determinado, la Industria Militar propuso como Estrategia de Ejecución, un Esquema de Asociación que se acogiera a las políticas gubernamentales como:

- La no aplicación de recursos estatales en proyectos industriales, conlleva a que el sector privado sea protagonista de los grandes proyectos de desarrollo.

- El tamaño de la inversión justifica la participación de diferentes capitales ante la imposibilidad de Indumil para hacerlo por sí sola.

- El modelo de la Internacionalización de la economía posibilita y estimula la Inversión extranjera en proyectos industriales, facilita la incorporación de materiales y equipos, así como tecnología e Ingeniería beneficiando en conjunto el desarrollo industrial colombiano.

D. ASPECTOS TECNICOS.

El Nitrato de Amonio es una sustancia química oxidante o sal de amonio que se obtiene mediante neutralización del ácido nítrico y con base de amoniaco la cual se produce básicamente en dos calidades:

1. GRADO TECNICO

Prill (esférico) de gran pureza con una concentración mínima del 99% densidad entre 0.75 a 0,9 g/cm3 un % de N2 mínimo del 34.6% y una porosidad o poder de absorción (Fuel Oil) mínimo del 6g6 y hasta un 1296 máximo lo cual garantiza una mezcla adecuada y homogénea, reteniendo este combustible y constituyéndose en un agente de voladura (explosivo) de gran uso en la minería, muy seguro y económico conocido en nuestro medio con el nombre de "ANFO".

"El Nitrato de Amonio grado Técnico (Prill) se produce exclusivamente para fabricación de explosivos".

2. GRADO FERTILIZANTE.

De menor pureza por debajo del 98% y con una concentración de N2 también inferior al 34% producido básicamente como insumo agrícola dador además de nitrógeno de vital importancia para estas aplicaciones.

Habida cuenta de estas utilizaciones, en virtud del parágrafo 30 del artículo 51 del Decreto-ley 2535 de 1993 el Gobierno Nacional puede ejercer el control de la actividad productora de nitrato de amonio.

En la actualidad existen tres empresas privadas en Colombia que producen Nitrato de Amonio para la actividad agrícola, y dos empresas que lo mezclan para usarlo como agente de voladura en actividades de gran minería.

CONSULTA.

La autorización legal impartida por los Decretos-ley 2346 de 1971 y 2069 de 1984 cumple a caballada con la condición que establece el artículo 8º del Decreto 1050 de 1968 para que las sociedades de economía mixta sean creadas o autorizadas por la ley. Adicionalmente, con la participación de Indumil en la conformación de una sociedad de economía mixta creada con base en la autorización legal del Decreto 2069 de 1984, se respeta al precepto constitucional contenido en el numeral 7º del artículo 150 de la Carta que le otorgó al Congreso de la República la facultad de crear o autorizar la constitución de sociedades de economía mixta ya que la norma que imparte tal autorización tiene fuerza de ley.

En este sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional en la sentencia Nº 318 del 14 de julio de 1994.

Con base en los antecedentes en mención, respetuosamente me permito solicitar al honorable Consejo de Estado por intermedio de la Sala de Consulta y Servicio Civil su concepto acerca de:

1) Es viable jurídicamente que Indumil constituya una sociedad de economía mixta, en la cual tenga una participación aproximada del 8%, con base en la autorización otorgada por el artículo 40 del Decreto-ley 2069 de 1984, previa expedición del decreto respectivo.

2) Es viable jurídicamente que Indumil celebre contratos de asociación, para:

a. ¿Producción de materias primas para fabricación de explosivos?

b. ¿Coproducción de explosivos?

c. ¿Y en general celebrar contratos de asociación para la adquisición de nuevas tecnologías y desarrollo de productos para el cumplimiento de su objeto social?

3) En el evento de ser factible la celebración de estos contratos ¿podrán adelantarse mediante el trámite de contratación directa?".

1. ANTECEDENTES.

1. Constitucionales.

a) Por el numeral 7° del artículo 150 de la Constitución Política, se le asigna al Congreso, como una de sus funciones, la de "Determinar la estructura de la administración nacional y crear, suprimir o fusionar ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y otras entidades del orden nacional, señalando sus objetivos y estructura orgánica; reglamentar la creación y funcionamiento de las corporaciones autónomas regionales dentro de un régimen de autonomía; así mismo, crear o autorizar la constitución de empresas industriales y comerciales del Estado y sociedad de economía mixta".

b) En un mismo orden de ideas el artículo 210 *ibidem* establece que "las entidades del orden nacional descentralizadas por servicios sólo pueden ser creadas por ley o por autorización de ésta, con fundamento en los principios que orientan la actividad administrativa".

c) Por su parte el artículo 223 de la Carta prescribe que "Sólo el Gobierno puede introducir y fabricar armas, municiones de guerra y explosivos. Nadie podrá poseerles ni portarlos sin permiso de la autoridad competente..."

d) Se agrega además en los artículos 115, incisos segundo y tercero y 208 de la Constitución:

"Artículo 115. El Gobierno Nacional está formado por el Presidente de la República, los ministros del despacho y los directores de departamentos adminis-

trativos. El presidente y el ministro o director de departamento correspondientes, en cada negocio particular, constituyen el Gobierno".

"Artículo 208. Los ministros y los directores de departamentos administrativos son los jefes de la administración en su respectiva dependencia. Bajo la dirección del Presidente de la República, les corresponde formular las políticas atinentes a su despacho, dirigir la actividad administrativa y ejecutar la ley."

2. Legislativos

a) Por el Decreto 2346 de 1971, que fue expedido por el Presidente de la República "en uso de las facultades extraordinarias" otorgadas por la Ley 7ª de 1970, se reorganizó la Industria Militar, conservando su naturaleza de empresa industrial y comercial del Estado vinculada al Ministerio de Defensa Nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente, encargada de desarrollar la política general del Gobierno en materia de importación, fabricación y comercio de armas, municiones y explosivos y elementos complementarios, así como la explotación de las ramas industriales acordes con su especialidad (artículo 1°).

Como funciones asignadas a la Industria Militar se incluyeron:

"... c) Realizar la fabricación y el comercio de armas deportivas, de defensa personal, municiones, explosivos y materias primas para éstos; d) Explotar los ramos industriales que permitan la utilización de las maquinarias y equipos de sus fábricas, con miras a complementar las necesidades industriales del país y de la exportación..." (artículo 3°).

Además por el artículo 4° se determinó que la Industria Militar, para el cumplimiento de sus funciones, podía realizar toda clase de actos y contratos de disposición o administración, civiles, comerciales o administrativos y constituir sociedades o compañías con otras personas naturales o jurídicas.

b) En 1983, mediante la Ley 19 el Congreso otorgó nuevamente facultades al Presidente de la República, para "reorganizar el Ministerio de Defensa Nacional y las fuerzas militares y las entidades descentralizadas del sector para modificar las normas que regulan las carreras del personal al servicio de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional".

En ejercicio de dichas facultades, el Gobierno expidió el Decreto 2069 de 1984 por el cual se modificaron algunas disposiciones del Decreto 2346 de 1971; entre otras, las relacionadas con funciones de la Industria Militar; en el literal c) del artículo 3° del citado decreto se precisa como una de las funciones propias de la Industria Militar la de:

"Fabricar, importar y comercializar armas deportivas, de defensa personal, municiones, explosivos y materias primas para estos. d) Producir, importar y comercializar materias primas para utilización industrial con las cuales puedan

formarse mezclas explosivas. e) Explotar los ramos industriales que permitan la utilización de las maquinarias y equipos de sus fábricas, con miras a complementar las necesidades industriales del país y de la exportación..."

Igualmente por el citado Decreto 2069 se modificó el artículo 4° del Decreto 2346, el cual quedó así:

"La Industria Militar para el cumplimiento de sus funciones podrá celebrar toda clase de actos y contratos. Igualmente, constituir sociedades o compañías con otras personas naturales o jurídicas, previa autorización del Gobierno Nacional mediante decreto ejecutivo".

c) Mediante el Decreto 1684 de 1985 dictado "en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales y en especial las que le confieren los Decretos 1050 y 3130 de 1968 y 2069 de 1984" el Gobierno aprobó en todas sus partes los estatutos de la Industria Militar.

d) Por lo demás y en ejercicio de facultades extraordinarias conferidas por la Ley 61 de 1983 y teniendo en cuenta las recomendaciones de la Comisión del Congreso de que trata el artículo 2° de la misma ley, el Gobierno expidió el Decreto 2535 de 1993 sobre armas, municiones y explosivos. En su artículo 1° se prevé que dicho decreto tiene por objeto fijar normas y requisitos para la tenencia y porte de armas, municiones y explosivos y sus accesorios; clasificación de armas; régimen para la expedición, revalidación y suspensión de permisos; autoridades competentes; condiciones para importar y exportar armas, municiones y explosivos; régimen de talleres de armería y fábricas de artículos pirotécnicos; clubes de tiro y caza, colecciones y coleccionistas de armas; servicio de vigilancia y seguridad privada; incautación de armas, imposición de multas y decomiso de las mismas y régimen para el registro y devolución de armas.

Por el inciso 2° de la norma citada, se excluye de manera expresa del objeto fijado en el mismo decreto, "las armas, municiones, explosivos y sus accesorios destinados a la fuerza pública para el cumplimiento de su misión constitucional y legal, así como su comercialización en las empresas estatales".

Mediante el artículo 2° del Decreto 2535 ya mencionado se reitera la exclusividad y consistente en que sólo el Gobierno puede "introducir al país, exportar, fabricar y comercializar armas, municiones, explosivos y las materias primas, maquinarias y artefactos para su fabricación y ejercer el control sobre tales actividades", lo cual deberá entenderse conforme a la normatividad constitucional.

Según el artículo 50, *ibidem*, se entiende por explosivos todo cuerpo o mezcla que en determinadas condiciones pueda producir rápidamente una gran cantidad de gases con violentos efectos mecánicos o términos (Decreto 2335 citado).

Agrega el decreto en su artículo 51, parágrafo 3°, que:

"El Gobierno Nacional podrá ejercer control sobre los elementos requeridos para uso industrial, que sin serlo individualmente, en conjunto, conforman sus-

tancias explosivas y sobre los elementos que sin serlo de manera original, mediante un proceso pueden transformarse en explosivos".

Cabe destacar que según el artículo 57 del decreto citado sólo el Gobierno Nacional podrá importar y exportar armas, municiones, explosivos y sus accesorios de acuerdo con la reglamentación que expida el mismo Gobierno por conducto del Ministerio de Defensa Nacional.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Creación de sociedades en economía mixta.

De conformidad con la normatividad constitucional y legal citada con anterioridad, la creación de empresas industriales y comerciales del Estado y de sociedades de economía mixta está asignada al Congreso de la República; de igual manera las entidades del orden nacional, descentralizadas por servicios, sólo pueden ser creadas por ley o por autorización de esta (artículo 210).

Las sociedades de economía mixta son organismos constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, creados por la ley o autorizados por esta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de derecho privado, salvo las excepciones de ley (artículo 8°. Decreto-ley 1050 de 1968). Esta misma definición es aplicable a las sociedades de economía mixta indirectas o de segundo grado, contempladas por el artículo 4° del Decreto-ley 3130 de 1968 bajo la denominación de entidades descentralizadas indirectas, las que fueron luego reguladas por el Decreto 130 de 1976.

En el caso de Indumil, el Decreto 1684 de 1985 por el cual se aprobaron los estatutos de la Industria Militar, prescribe que tal entidad, para el cumplimiento de sus funciones, podrá "constituir sociedades o compañías con otras personas naturales o jurídicas conforme a las disposiciones legales" (artículo 26).

Debe observarse que la norma no distingue entre personas naturales o jurídicas, ni entre nacionales o extranjeras por lo que dicha facultad debe entenderse conferida para la constitución de sociedades con toda clase de personas como socias, sin perjuicio de lo que dispongan las leyes para la incorporación al país de empresas extranjeras.

Pero la facultad conferida a Indumil por ley y por sus propios estatutos consistente en poder participar en la constitución de otras sociedades está limitada a que con su ejercicio se persiga el cumplimiento de su objeto que determina su capacidad legal.

De otra parte, si entre las actividades que puede desarrollar Indumil en cumplimiento de su objeto está la de la fabricación, ésta debe entenderse obviamente en consonancia con el artículo 223 de la Constitución Política mediante el cual la fabricación de explosivos está reservada al Gobierno.

En relación con el tema tratado y con fundamento en los antecedentes de esta consulta que le fueron anexados, la Sala entiende que Indumil proyecta constituir una

sociedad de economía mixta dedicada a la producción de nitrato de amonio, sustancia que puede servir como componente de ciertos explosivos, pero que para su elaboración no exige de técnicas muy especializadas; en todo caso "la fabricación y venta de nitrato de amonio grado técnico requiere control, ya que es base para fabricación de explosivos", sirve también para insumos agrícolas.

Se concluye entonces que el nitrato de amonio no es de por sí un explosivo sino una materia prima básica para su fabricación. De consiguiente y en virtud de la autorización legal que le fue otorgada por el Decreto 2069 de 1984, artículo 1°, es viable jurídicamente la constitución por parte de Indumil de una sociedad de economía mixta, para fabricar dicho elemento.

No obstante, el Gobierno deberá expedir un decreto por medio del cual autorice la creación de la sociedad de economía mixta indirecta, con especificación de las entidades que intervienen como socios, su capital, sus aportes, la actividad o actividades que se propone realizar y el control que ejerza el Gobierno (artículo 51, parágrafo 3° Decreto 2535 de 1993).

2. De la contratación por Indumil.

La Ley 80 de 1993, por la cual se expidió el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, incluyó como entidades estatales con facultades para contratar a las empresas industriales y comerciales del Estado, calidad ésta de la que participa la Industria Militar. Se agrega en el artículo 3° del mismo estatuto legal que los servidores públicos tendrán en consideración al celebrar contratos y con sujeción a los mismos, buscar "el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados" que colaboran con las entidades estatales en la consecución de dicho fines.

Con fundamento en tales principios, las entidades estatales, y de consiguiente las empresas industriales y comerciales del Estado, pueden celebrar contratos ciñéndose al régimen contenido en la Ley 80 de 1993 y al previsto en sus normas estatutarias.

En el caso de la industria militar, en el artículo 26 de sus estatutos se dispone: "La Industria Militar, para el cumplimiento de sus funciones podrá celebrar toda clase de actos y contratos...", lo que obviamente debe entenderse en desarrollo de su objeto social.

En este orden de ideas Indumil deberá proceder conforme a lo dispuesto por el artículo 24 numeral 1° literal m) de la misma Ley 80 de 1993, según el cual es posible la escogencia del contratista en forma directa, aunque no es legalmente factible la contratación directa en los contratos específicos de obra, consultoría, prestación de servicios, concesión y encargos fiduciarios y fiducia pública.

En consecuencia, la producción de materias primas destinadas a la fabricación de explosivos y la explotación de los ramos industriales que permitan la utilización de

maquinaria y equipos de sus fábricas, son funciones asignadas a la industria militar (artículo 30 del Decreto 2346 de 1971, modificado por el Decreto 2069 de 1984, literales d) y e); por tanto los contratos que se celebren para su cumplimiento, están exceptuados del trámite de licitación y su celebración podrá convenirse directamente (Decreto 855 de 1994 y demás normas complementarias).

LA SALA RESPONDE:

1) La industria militar está legal y estatutariamente facultada para crear sociedades de economía mixta (artículo 40 del Decreto-ley 2069 de 1984). Corresponde al Gobierno su aprobación y la determinación de los elementos básicos de la sociedad que se constituya, así como la fijación de su aporte que en el caso consultado es del 8%.

2) Es legalmente viable que Indumil celebre contratos de asociación, tanto para la producción de materias primas para la fabricación de explosivos como para su coproducción y para la adquisición de nuevas tecnologías y desarrollo de productos, condicionada esta iniciativa al cumplimiento de su objeto. Pero la producción o fabricación de explosivos es de competencia exclusiva del Gobierno Nacional.

3) De conformidad con lo dispuesto por el artículo 24-1 literal m) de la Ley 80 de 1993 la industria militar puede celebrar directamente los contratos que requiera para la producción e industrialización de materias primas necesarias para la fabricación de explosivos, teniendo en cuenta lo establecido por el Decreto 855 de 1994 y las demás normas que lo modifiquen o adicionen.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a los señores Ministro de Defensa Nacional y Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

Humberto Mora Osejo, Presidente de la Sala; *Javier Henao Hidrón; Luis Camilo Osorio Isaza; Roberto Suárez Franco.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

CONSULTA NUMERO 693

(5 de julio de 1995)

ALCALDE - Régimen disciplinario aplicable / SANCION DISCIPLINARIA ALCALDE - Suspensión del cargo / INHABILIDADES PARA DESEMPEÑAR FUNCIONES PUBLICAS - Alcalde / SUSPENSION EN EL CARGO DE ALCALDE - Funcionario competente / DESTITUCION DE ALCALDE - Efectos.

Si quien se halla en el ejercicio de las funciones de alcalde por haber sido elegido para el período comprendido entre 1995 y 1997 y es sancionado por la Procuraduría General de la Nación con la suspensión del cargo por haber incurrido en comisión de faltas en ejercicio del mismo cargo durante el período 1990-1992; tal suspensión debe ser aplicada obligatoriamente por el Presidente de la República o por el gobernador del mismo departamento respectivo. En consecuencia, producida la falta temporal, el Presidente de la República o el gobernador procederá a la designación del reemplazo en la forma prevista en el artículo 106 de la Ley 136 de 1994. Si la sanción consiste en destitución, se le separará definitivamente del cargo actual de alcalde, esto implica la inhabilidad para el desempeño de funciones públicas por el término que se determine en la respectiva providencia. Si la entidad de control no fijó el término de inhabilidad, se aplicará el mínimo de un año. En este caso y por tratarse de una falta absoluta, deberá procederse por el Presidente de la República o el gobernador respectivo, de conformidad con lo establecido en los artículos 106 y 107 de la Ley 136 de 1994. Es obligatorio para la Procuraduría General de la Nación fijar el término de inhabilidad para el desempeño de cargos públicos en la misma providencia que decrete la sanción de destitución, según lo prescribe el artículo 17 de la Ley 13 de 1984, siempre que la misma se produzca por una investigación disciplinaria. Pero, dicha entidad de control no está facultada para solicitar la imposición de la inhabilidad para el desempeño de cargos públicos mencionados en la ley. La Procuraduría General de la Nación puede imponer directamente las sanciones previstas en el artículo 15 de la Ley 13 de 1984, a los alcaldes respecto de infracciones cometidas por éstos. Igualmente, podrá solicitar su imposición el Presidente a los gobernadores según el caso.

Santa Fe de Bogotá, D. C., cinco (5) de julio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: *Javier Henao Hidrón.*

Radicación número 693.

Referencia: Consulta sobre la aplicación de sanciones a los alcaldes, solicitadas por la Procuraduría General de la Nación.

El señor Ministro de Gobierno, doctor Horacio Serpa Uribe, dice que a solicitud del Gobernador del Huila, formula la siguiente consulta:

"Dos alcaldes elegidos por el período constitucional 1990-1992, fueron investigados disciplinariamente por la Procuraduría General de la Nación, y encontrados responsables, por cuya virtud se solicitó al Gobernador del departamento del Huila que les impusiera las siguientes sanciones: Al primero, suspensión por cinco (5) días; y al segundo, destitución.

Esas dos mismas personas, fueron nuevamente elegidas alcaldes para los mismos municipios, por el período constitucional 1995-1997.

Respecto de la solicitud de destitución, esta no va acompañada de la petición de inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas por parte de la Procuraduría.

La Sala de Consulta y Servicio Civil del honorable Consejo de Estado en pronunciamiento del 5 de mayo de 1994 conceptúo que el Gobierno Nacional al imponer una sanción de destitución en cumplimiento de una decisión de la Procuraduría General de la Nación, no puede imponer la inhabilidad prevista en el artículo 17 de la Ley 13 de 1984, cuando no ha sido solicitada.

La Ley 25 de 1974, dispone:

> **Artículo 14.** El Procurador General, los Procuradores Delegados de que trata el artículo anterior y los Procuradores Regionales podrán imponer o solicitar la imposición a los empleados oficiales de las siguientes sanciones disciplinarias:
>
> a) Amonestación escrita con orden de que se anote en la hoja de vida;
>
> b) Multa hasta por un sueldo mensual;
>
> c) Solicitud de suspensión hasta por 30 días, y
>
> d) Solicitud de destitución.
>
> **Parágrafo.** El nominador está en la obligación de satisfacer, dentro del término de diez (10) días, la solicitud de suspensión o de destitución, so pena de incurrir en causal de mala conducta y en sanción igual a la que se abstuvo de imponer".

CONSEJO DE ESTADO

El Decreto 3404 de 1983, por el cual se reglamentan las Leyes 25 de 1974, 83 de 1936 y los Decretos 2808 de 1953 y 521 de 1971, dispone en su último inciso del artículo 30:

> "En el evento de destitución, la autoridad nominadora determinará el tiempo de inhabilidad del empleado, en los términos del literal c), artículo 4° del Decreto 2400 de 1968, si se tratare de empleados regidos por este decreto..."

Por virtud de la Ley 4ª de 1990, artículo 63, se determinó que a los empleados de los departamentos se les aplica la Ley 13 de 1984 y sus disposiciones reglamentarias, precepto que por virtud de la Ley 27 de 1992, artículo 2°, se hizo extensivo a los empleados oficiales de los departamentos y municipios, disposición que corrobora la Ley 136 de 1994 en su artículo 195, respecto de los empleados municipales.

A su vez la Ley 13 de 1984, dispone:

> **Artículo 15. Clases de sanciones.** Las faltas leves dan origen a la aplicación de las sanciones de amonestación escrita sin anotaciones en la hoja de vida, o multa que no exceda de la quinta parte del sueldo mensual.
>
> El concurso formal o material de faltas, las faltas graves o reincidencia en faltas leves, dan origen a la aplicación de las sanciones de suspensión en el ejercicio del cargo por treinta (30) días sin derecho a remuneración, o a destitución..."
>
> **Artículo 17. Inhabilidad para desempeñar cargos públicos.** La sanción de destitución acarrea la inhabilidad para el desempeño de funciones públicas de uno a cinco años, la que será decretada en la misma providencia que determine la separación del cargo. (Conc. art. 125 dec. 1950/73)

Con fundamento en lo anterior, se pregunta:

1. ¿La imposición de la sanción de suspensión solicitada por la Procuraduría General de la Nación respecto de un alcalde elegido como tal para el período 1990-1992, que debe ser aplicada en esta fecha, para la cual la misma persona ha sido elegida para el mismo municipio como alcalde para el período 1995-1997, consiste en la anotación de ésta en la hoja de vida, o en la separación de su cargo actual de alcalde y, consecuentemente, la designación por ese lapso de un alcalde encargado por parte del gobernador?

2. ¿La imposición de la sanción de destitución solicitada por la Procuraduría General de la Nación respecto de un alcalde elegido como tal para el período 1990-1992, que debe ser aplicada en esta fecha, para la cual la misma persona ha sido elegida para el mismo municipio como alcalde para el período 1995-1997, consiste en la anotación de ésta en la hoja de vida, o en la separación definitiva de su cargo actual de alcalde y, por ende, la designación de un alcalde encargado en tanto se convoca y elige un nuevo alcalde?

3. Con fundamento en las disposiciones legales y reglamentarias que gobiernan el proceso disciplinario a cargo de la Procuraduría General de la Nación ¿tiene este organismo la facultad de solicitarle al nominador, al Presidente de la República o a los Gobernadores -en los casos previstos por los artículos 304 y 314 constitucionales-, la imposición de la inhabilidad para el desempeño de funciones públicas, con la fijación del término de la misma, cuando la sanción a imponer sea la de destitución?

4. ¿Cuáles son las sanciones que puede solicitar la Procuraduría General de la Nación, las que señala expresamente el artículo 14 de la Ley 25 de 1974, o las indicadas en el artículo 15 de la Ley 13 de 1984?"

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE:

I. Presupuestos constitucionales. De conformidad con el pensamiento expresado en la Constitución Política, los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad, ejercerán sus funciones en la forma prevista por ella misma, la ley y el reglamento, y es función de la ley el determinar la responsabilidad de dichos servidores y la forma de hacerla efectiva (*ibidem,* arts. 123 y 124).

Como una de las funciones primordiales del Procurador General de la Nación, que tendrá por sí o por medio de sus delegados o agentes, la Constitución menciona la de "ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley" (art. 277, numeral 6°).

Por último y no obstante ser elegidos popularmente para períodos de tres años, los alcaldes pueden ser suspendidos o destituidos, en los casos taxativamente señalados por la ley, por el Presidente de la República y los gobernadores (art. 314, inciso segundo).

II. Presupuestos legales. La Ley 25 de 1974, mediante la cual se expidieron normas sobre organización y funcionamiento del Ministerio Público y sobre régimen disciplinario, facultó al Procurador General de la Nación, a sus delegados y a los procuradores regionales para imponer o solicitar la imposición a los empleados oficiales, de sanciones disciplinarias consistentes en amonestación escrita con orden de que se anote en la hoja de vida, multa hasta por un sueldo mensual, solicitud de suspensión hasta por treinta (30) días, y solicitud de destitución (art. 14), con la precisión de que el nominador está en la obligación de satisfacer dentro del término de diez (10) días, la solicitud de suspensión o destitución.

El estatuto sobre administración de personal y régimen disciplinario, contenido en la Ley 13 de 1984, inicialmente dictado para regular la administración del personal civil y demás servidores de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional, se hizo extensivo a los niveles municipal y departamental por el artículo 10 de la Ley 49 de 1987 y el artículo 63 de la Ley 4ª de 1990, respectivamente. Siguiendo este mismo criterio, la Ley 136 de 1994, sobre organización y funcionamiento de los muni-

cipios, dispuso en su artículo 195 que "mientras se expide el régimen disciplinario para los servidores y empleados públicos del municipio", estos se regirán, cuando por su naturaleza resulte aplicable, por el estatuto establecido en la Ley 13 de 1984 y sus decretos reglamentarios.

III. Aplicación de sanciones disciplinarias. La Ley 13 de 1984 prevé que las sanciones de amonestación escrita sin anotaciones en la hoja de vida, censura con anotación en la hoja de vida, o multa que no exceda de la quinta parte del sueldo mensual, originadas en faltas leves, y las de suspensión en el ejercicio del cargo hasta por treinta (30) días sin derecho a remuneración o de destitución, originadas en faltas graves o reincidencia en faltas leves, a que se refiere su artículo 15, corresponde aplicarlas al respectivo nominador o a la Procuraduría General de la Nación.

La facultad de la Procuraduría General de la Nación para investigar y sancionar a los servidores públicos y por supuesto a los alcaldes, es prevalente e implica la de dar aplicación directa a la sanción que haya impuesto. Sólo que podría también solicitar al Presidente de la República, en relación con el alcalde mayor del Distrito Capital, o a los gobernadores, con respecto a los demás alcaldes, que diesen cumplimiento a sus providencias en que se impongan las sanciones de suspensión o destitución, procediendo a la ejecución de ellas con fundamento en la disposición constitucional prevista en el artículo 314, inciso segundo, de la Carta Política.

La Procuraduría General de la Nación o el nominador, según el caso, en la misma providencia que determine la separación del cargo (destitución) de un empleado vinculado a la rama ejecutiva del poder público, deberá imponer, con fundamento en el artículo 17 de la Ley 13 de 1983, la sanción adicional de inhabilidad para el desempeño de funciones públicas, por un término de uno a cinco años. Conviene insistir aquí en los dos aspectos siguientes: que la inhabilidad debe imponerse en "la misma providencia", lo cual significa que es este el momento procesal oportuno y que, por tanto, no puede acudirse a otro posterior o delegarse esta potestad sancionatoria, y que, en caso de omisión, es decir, en la eventualidad de que en la providencia mencionada no se determine el término de duración de la inhabilidad para el desempeño de cargos públicos, será menester tener en cuenta que esta sanción es de aquellas que producen efectos de pleno derecho de donde resulta de imperativo cumplimiento, razón por la cual el funcionario encargado de la ejecución deberá dar aplicación al mínimo legal, que es de un año.

Las sanciones disciplinarias deberán aplicarse a quienes se les deduzca responsabilidad en ejercicio de un determinado cargo. Pero si el funcionario sancionado, tornare imposible la aplicación de una sanción disciplinaria, verbigracia, haciendo dejación del cargo, lo procedente será dejar constancia de ella en su hoja de vida.

En el asunto planteado en la consulta, a un alcalde elegido para el período 1990-1992 le fue impuesta la sanción de suspensión del cargo por cinco días y a otro, la de destitución, sin que entonces fuera posible darles oportuno cumplimiento. Las mismas

personas fueron elegidas para los mismos cargos, en sus respectivos municipios, para el período 1995-1997. Se pregunta si, a la fecha, debe el gobernador correspondiente imponer la sanción de suspensión y la de destitución, solicitadas por la Procuraduría General de la Nación.

La Sala considera que la sanción disciplinaria tiene relación directa y exclusiva con un determinado cargo, en ejercicio del cual se consiguió demostrar que el funcionario incurrió en faltas, ya sean leves o graves. Ejecutoriada la providencia sancionatoria, es menester darle aplicación en un plazo de diez días, so pena de incurrir el funcionario que debió ejecutarla, en causal de mala conducta y en sanción igual a la que se abstuvo de imponer.

En el supuesto de que un alcalde haga dejación del cargo por vencimiento del período para el cual fue elegido, sin que la sanción disciplinaria impuesta haya sido aplicada, lo conducente es dejar constancia de ello en su hoja de vida, sin perjuicio de que como ocurre con la multa, se deba hacer efectiva si no ha caducado. Si la sanción fuere la de destitución, que acarrea la inhabilidad para el desempeño de funciones públicas por un plazo de uno a cinco años, y en el intervalo es nombrado o elegido para un cargo público, la inhabilidad se convierte en causal de anulación del respectivo acto, que podrá invocar cualquier ciudadano ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo mediante el ejercicio de la acción pública de nulidad; además, al nominador le será deducible la responsabilidad a que haya lugar.

Así se trate del cargo de alcalde, ejercido en el mismo municipio, las elecciones correspondientes a los períodos 1990-1992 y 1995-1997, son independientes, sin que pueda aplicarse a quien desempeña el cargo en el último período, sanción alguna por hechos ocurridos durante el primero. Este cruce de cuentas no es permitido por la ley, precisamente por la relación de causalidad existente entre la falta disciplinaria y el ejercicio de un cargo público, el cual no puede ser sino específico e inconfundible, circunscrito por sus propias coordenadas de espacio y tiempo.

En concordancia con lo expuesto, la Sala responde:

1. La imposición de la sanción de suspensión solicitada por la Procuraduría General de la Nación, respecto de un alcalde elegido como tal para el período 1990-1992, en la actualidad solamente puede ser aplicada mediante su anotación en la correspondiente hoja de vida.

2. La imposición de la sanción de destitución solicitada por la Procuraduría General de la Nación, respecto de un alcalde elegido como tal para el período 1990-1992, en la actualidad solamente puede ser aplicada mediante su anotación en la correspondiente hoja de vida.

3. La sanción consistente en la inhabilidad para el desempeño de funciones públicas, como adicional a la sanción disciplinaria de destitución de un cargo público, debe

ser impuesta por el funcionario competente en la misma providencia que determina la separación del cargo.

Si no se hace de ese modo en un proceso disciplinario a cargo de la Procuraduría General de la Nación, este órgano de control no está facultado para solicitarle al nominador, al Presidente de la República o a los gobernadores -en los casos previstos en los artículos 304 y 314 de la Constitución- la imposición de la sanción de inhabilidad.

Ante la omisión en que incurre el funcionario que es titular de la potestad disciplinaria, la sanción de inhabilidad corresponderá a la mínima que establece la ley (artículo 17 de la Ley 13 de 1984), que es de un año.

4. Por disponer de un poder disciplinario al que la Constitución le otorga el carácter de preferente (art. 277-6), la Procuraduría General de la Nación puede aplicar directamente las sanciones disciplinarias que imponga a los servidores públicos. En el caso de los gobernadores y alcaldes, cuando la sanción impuesta con sujeción al procedimiento previsto en la Ley 13 de 1984 sea de suspensión o de destitución, la Procuraduría puede solicitar su cumplimiento al Presidente de la República o al gobernador respectivo, según sea lo procedente, conforme a lo dispuesto en los artículos 304, inciso primero y 314, inciso segundo, de la Carta Política.

Respecto de los alcaldes, las sanciones son las señaladas en el artículo 15 de la Ley 13 de 1984.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a los señores Ministro de Gobierno y Secretario Jurídico de la Presidencia de la República (C.C.A., art. 112).

Humberto Mora Osejo, Presidente de la Sala; *Javier Henao Hidrón; Luis Camilo Osorio Isaza; Roberto Suárez Franco; Francisco Zuleta Holguín,* Conjuez.

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

ALCALDE - Extensión de sanción disciplinaria / PERIODO ELECTORAL DIFERENTE - Sanción disciplinaria (SALVAMENTO DE VOTO).

Si bien es cierto que el criterio adoptado por la Sala es válido por regla general, esto es, que vencido el período de un funcionario sancionado con destitución procede únicamente la anotación en la hoja de vida, porque no se le puede aplicar esta medida en otro cargo que esté desempeñando al proferirse la sanción; en el caso presente, por vía de excepción, dada la coincidencia del funcionario, con su desempeño en el cargo donde se cumplió la falta que dio origen a la sanción y el hecho de estarlo desempeñando nuevamente al momento de hacer efectiva la providencia que así ordena la separación de las funciones -idénticas a las que tenía al momento de la conducta censurada y castigada- hace posible e inevitable aplicarla. En consecuencia la sanción que corresponda al Alcalde por faltas cometidas en el período 1990-1992 sí se puede imponer en el mandato 1995-1997, porque el cargo al cual se refiere la consulta es uno solo; alcalde de un mismo municipio. La circunstancia de que se trate de lapsos diferentes que naturalmente obedecen a elecciones distintas, destaca que se trata de la misma situación laboral en uno y otro caso, aun cuando hubo desvinculación del empleo al vencimiento del primer período y nueva vinculación tres años más tarde para el nuevo desempeño.

PROCESO PENAL ADMINISTRATIVO - Principios rectores / PROVIDENCIA DISCIPLINARIA - Contenido (SALVAMENTO DE VOTO).

Independientemente de la naturaleza administrativa de esta clase de procesos disciplinarios no cabe duda de que todo diligenciamiento que concluye en imposición de sanciones tiene carácter penal. En tratándose, entonces, de un proceso penal administrativo, por su aspecto penal deben observarse las normas rectoras tanto del derecho penal sustantivo como del procedimental. En este orden de ideas, si no se cumple el mandato del artículo 17 de la Ley 13 de 1984, de que la inhabilidad que acarrea la sanción de destitución se decrete "en la misma providencia que determine la separación del cargo", tal inhabilidad no se puede deducir en contra del afectado por cuanto, contrariando los principios rectores del derecho penal, se estaría imponiendo una sanción no prevista

en una providencia judicial. No es argumento válido para aplicar una pena accesoria no consignada en la providencia, advertir que se procede por la mínima por cuanto el fallador omitió pronunciarse sobre tal aspecto. La sanción simplemente es la que se establezca en la providencia y no otra distinta; obrar en forma contraria conlleva cuando menos invasión de la competencia del fallador por parte de un ejecutor.

SALVAMENTO DE VOTO

El suscrito Consejero no comparte la posición mayoritaria de la Sala respecto de la consulta radicada con el N° 693 por las siguientes razones:

Si bien es cierto que el criterio adoptado por la Sala es válido por regla general, esto es, que vencido el período de un funcionario sancionado con destitución procede únicamente la anotación en la hoja de vida, porque no se le puede aplicar esta medida en otro cargo que esté desempeñando al proferirse la sanción; en el caso presente, por vía de excepción, dada la coincidencia del funcionario, con su desempeño en el cargo donde se cumplió la falta que dio origen a la sanción y el hecho de estarlo desempeñando nuevamente al momento de hacer efectiva la providencia que así ordena la separación de las funciones -idénticas a las que tenía al momento de la conducta censurada y castigada- hace posible e inevitable aplicarla.

En consecuencia la sanción que corresponda al Alcalde por faltas cometidas en el período 1990-1992 sí se puede imponer en el mandato 1995-1997, porque el cargo al cual se refiere la consulta es uno solo: alcalde de un mismo municipio. La circunstancia de que se trate de lapsos diferentes que naturalmente obedecen a elecciones distintas, destaca que se trata de la misma situación laboral en uno y otro caso, aun cuando hubo desvinculación del empleo al vencimiento del primer período y nueva vinculación tres años más tarde para el nuevo desempeño.

De otro lado, para que se pueda proceder en la misma forma señalada anteriormente, es preciso que la sanción accesoria de inhabilidad se haya impuesto en la providencia, de lo contrario no es viable su aplicación, en virtud de que las normas del debido proceso, consagradas en los artículos 29 de la Constitución Política y 1° del Código de Procedimiento Penal establecen que las sanciones deben emanar de sentencias susceptibles de ser impugnadas.

La remisión al Código de Procedimiento Penal obedece al mandato de los artículos 375 del Código Penal y 22 del Código de Procedimiento Penal, según los cuales siempre que de materias penales se trate, aunque se encuentren en "otras leyes o normas", deben observarse las disposiciones rectoras del Derecho Penal; lo cual por lo demás armoniza con el mandato Constitucional de que "el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas" y con la disposición del artículo 41 del Decreto 786 de 1985 reglamentario del Decreto-ley 2400 de 1968, según el cual:

> "A falta de norma expresa en el procedimiento disciplinario se aplicarán analógicamente las normas de la Ley 13 de 1984, las del Código Contencioso Administrativo y las del Código de Procedimiento Civil o aquellas que regulen proceso similares".

Independientemente de la naturaleza administrativa de esta clase de procesos disciplinarios no cabe duda de que todo diligenciamiento que concluye en imposición de sanciones tiene carácter penal. En tratándose, entonces, de un proceso penal administrativo, por su aspecto penal deben observarse las normas rectoras tanto del derecho penal sustantivo como del procedimental.

En este orden de ideas, si no se cumple el mandato del artículo 17 de la Ley 13 de 1984, de que la inhabilidad que acarrea la sanción de destitución se decrete "en la misma providencia que determine la separación del cargo", tal inhabilidad no se puede deducir en contra del afectado por cuanto, contrariando los principios rectores del derecho penal, se estaría imponiendo una sanción no prevista en una providencia judicial, además de que el Decreto 1950 de 1973 en artículo 161 dispone que,

> "Toda sanción disciplinaria distinta de la amonestación deberá imponerse mediante providencia motivada de la cual se enviará copia al jefe de personal para efectos del registro".

Conviene recordar igualmente que el artículo 500 del Código de Procedimiento Penal advierte que el ejecutor de sanciones debe sujetarse a las "impuestas mediante sentencia debidamente ejecutoriada".

Evidentemente no es argumento válido para aplicar una pena accesoria no consignada en la providencia, advertir que se procede por la mínima por cuanto el fallador omitió pronunciarse sobre tal aspecto. La sanción simplemente es la que se consigne en la providencia y no otra distinta; obrar en forma contraria conlleva cuando menos invasión de la competencia del fallador por parte de un ejecutor.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, estimo que las preguntas principales debieron resolverse, de un lado, conceptuando sobre la efectividad de la providencia para aplicar la sanción de desvinculación de un alcalde y la suspensión del otro; además, el pronunciamiento ha debido excluir la aplicación de la sanción accesoria de inhabilidad.

Luis Camilo Osorio Isaza.

ALCALDE - Sanción disciplinaria / DESTITUCION DE ALCALDE - Efectos / EMPLEADO DEPARTAMENTAL - Régimen Disciplinario Aplicable / EMPLEADO MUNICIPAL - Régimen Disciplinario Aplicable / PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION - Poder disciplinario prevalente / PROVIDENCIA SANCIONATORIA - Cumplimiento.

La imposición de la sanción de suspensión solicitada por la Procuraduría General de la Nación, respecto de un alcalde elegido como tal para el período 1990-1992, en la actualidad solamente puede ser aplicada mediante su anotación en la correspondiente hoja de vida. La imposición de la sanción de destitución solicitada por la Procuraduría General de la Nación, respecto de un alcalde elegido como tal para el período 1990-1992, en la actualidad solamente puede ser aplicada mediante su anotación en la correspondiente hoja de vida. La sanción consistente en la inhabilidad para el desempeño de funciones públicas, como adicional a la sanción disciplinaria de destitución de un cargo público, debe ser impuesta por el funcionario competente en la misma providencia que determina la separación del cargo. Si no se hace de ese modo en un proceso disciplinario a cargo de la Procuraduría General de la Nación, este órgano de control no está facultado par solicitarle al nominador, al Presidente de la República o a los gobernadores –en los casos previstos en los artículos 304 y 314 de la Constitución– la imposición de la sanción de inhabilidad. Ante la omisión en que incurre el funcionario que es titular de la potestad disciplinaria, la sanción de inhabilidad corresponderá a la mínima que establece la ley (artículo 17 de la Ley 13 de 1984), que es de un año. Por disponer de un poder disciplinario al que la Constitución le otorga el carácter de preferente (art. 277-6), la Procuraduría General de la Nación puede aplicar directamente las sanciones disciplinarias que imponga a los servidores públicos. En el caso de los gobernadores y alcaldes, cuando la sanción impuesta con sujeción al procedimiento previsto en la Ley 13 de 1984 sea de suspensión o de destitución, la Procuraduría puede solicitar su cumplimiento al Presidente de la República o al gobernador respectivo según sea lo procedente, conforme a lo dispuesto en los artículos 304, inciso primero y 314, inciso segundo de la Carta Política. Respecto de los alcaldes, las sanciones son las señaladas en el artículo 15 de la Ley 13 de 1984.

Autorizada su publicación el 26 de julio de 1995.

SALVAMENTO DE VOTO

El suscrito no comparte el sentir mayoritario de la Sala por lo siguiente:

FUNDAMENTOS JURIDICOS

El aspecto central de la consulta radica en la oportunidad para sancionar disciplinariamente con suspensión o destitución del cargo a dos alcaldes que incurrieron en faltas e irregularidades en el desempeño de sus funciones. Tales sanciones fueron impuestas hallándose en el ejercicio del cargo en período distinto a aquel en que se sucedieron dichas faltas.

1. **Constitucionales**

a) De conformidad con el artículo 123 de la Constitución Política son servidores públicos: "los miembros de las corporaciones públicas" quienes "están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento". Dispone además, que la ley determinará la responsabilidad de dichos servidores y la forma de hacerla efectiva (artículo 124 *ibidem);*

b) Por otra parte la misma Carta Política menciona entre las funciones asignadas al Procurador General de la Nación, la de "Ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley" (artículo 277 numeral 6°.) (subraya la Sala);

c) A su vez, el artículo 314 *ibidem* dispone: "En cada municipio habrá un alcalde, jefe de la administración local y representante legal del municipio, que será elegido popularmente para períodos de tres años no reelegibles para el período siguiente. (...) El Presidente y los gobernadores, en los casos taxativamente señalados por la ley, suspenderán o destituirán a los alcaldes..."

2. **Legales**

a) Mediante la Ley 25 de 1974, se expidieron normas sobre organización y funcionamiento del Ministerio Público y régimen disciplinario. Por su artículo 142 se facultó al Procurador General de la Nación, a sus delegados y a los procuradores regionales para imponer o solicitar la imposición a los empleados oficiales, de las siguientes sanciones disciplinarias.

"a) Amonestación escrita con orden de que se anote en la hoja de vida;

b) Multa hasta por un sueldo mensual;

c) Solicitud de suspensión hasta por treinta (30) días, y

d) Solicitud de destitución".

Se agrega en el parágrafo de la norma últimamente citada que "el nominador está en la obligación de satisfacer dentro del término de diez (10) días, la solicitud de suspensión o de destitución...";

b) Mediante la Ley 13 de 1984 se dictaron normas para regular la administración del personal civil y demás servidores de la Rama Ejecutiva del Poder Público, en lo nacional. En el artículo 15 se dispuso: "Las faltas leves dan origen a la aplicación de las sanciones de amonestación escrita sin anotaciones en la hoja de vida, censura con anotación en la hoja de vida, o multa que no exceda de la quinta parte del sueldo mensual. (...) El concurso formal o material de faltas, las faltas graves o reincidencia en falta leves, dan origen a la aplicación de las sanciones de suspensión en el ejercicio del cargo hasta por treinta (30) días sin derecho a remuneración, o a destitución".

Igualmente, se establece en dicha ley que la sanción de destitución acarrea la de inhabilidad para el desempeño de funciones públicas de uno a cinco años, la que será decretada en la misma providencia que determine la separación del cargo (artículo 17);

c) Por la Ley 4ª de 1990, se reorganizó la Procuraduría General de la Nación; mediante su artículo 63 se amplió la aplicación de la Ley 13 de 1984 y su Decreto reglamentario 482 de 1985 a los funcionarios y empleados departamentales, mientras se extendía su régimen disciplinario. Posteriormente, mediante la Ley 49 de 1987, artículo 10 se hizo extensiva la aplicación de dichas normas a los empleados municipales;

d) El 2 de junio de 1994, se expidió la Ley 136 sobre organización y funcionamiento de los municipios, la cual establece en su artículo 195 "Mientras se expide el régimen disciplinario para los servidores y empleados públicos del municipio, además de las leyes vigentes, le será aplicado el estatuto establecido en la Ley 13 de 1984 y sus decretos reglamentarios sobre administración de personal y régimen disciplinario para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, cuando por su naturaleza resulte aplicable".

En un mismo orden de ideas mediante el artículo 104 de la citada Ley 136 se facultó al Presidente de la República y a los gobernadores para destituir a los alcaldes, particularmente en el caso de mediar "solicitud de la Procuraduría General de la Nación, cuando incurra en la causal que implique dicha sanción, de acuerdo con el régimen disciplinario previsto por la ley para estos funcionarios, o cuando incurra en violación al régimen de incompatibilidades" (numeral 20).

Para este efecto y conforme al parágrafo de la misma norma citada se aplicará por la Procuraduría General de la Nación la Ley 13 de 1984, sus normas reglamentarias y lo dispuesto en los artículos 14 y 15 de la Ley 4ª de 1991.

Respecto a la suspensión de los alcaldes, dispone el artículo 105 *ibidem* en sus numerales 30 y 40 que el Presidente de la República o los gobernadores, según el caso

"suspenderán a los alcaldes... 3. A solicitud de la Procuraduría General de la Nación o de autoridad jurisdiccional competente de acuerdo con el régimen disciplinario previsto en la ley. 4. Cuando la Procuraduría General de la Nación, solicite la suspensión provisional mientras adelante la investigación disciplinaria, de conformidad con la ley".

CONSIDERACIONES:

1. Competencia de la Procuraduría para sancionar a los Alcaldes

Nuestra Constitución Política le otorga el ejercicio del control disciplinario al Procurador General de la Nación como supremo director del Ministerio Público.

En el artículo 277, numeral 6, le atribuye, entre otras, la función de "ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley".

El régimen disciplinario de los alcaldes como servidores públicos de los municipios está contenido en la Ley 13 de 1984 y en sus decretos reglamentarios; así lo prescribe el artículo 195 de la Ley 136 de 1994. Aquella ley contempla con sanciones la amonestación escrita sin anotación en la hoja de vida, la censura con anotación en la hoja de vida, la multa, la suspensión en el ejercicio del cargo y la destitución. Todo lo cual quiere decir que la Procuraduría General de la Nación está facultada para investigar y sancionar a los alcaldes; pero correspondiendo al Presidente de la República o a los gobernadores, según el caso, dar cumplimiento a las providencias que impongan las sanciones de suspensión o destitución de conformidad con el mandato previsto en el artículo 314 inciso 20 de la Carta.

De otra parte, las sanciones que el Procurador General de la Nación puede aplicar para el caso específico de los alcaldes, es el establecido por el artículo 15 de la Ley 13 de 1984, en razón de lo dispuesto por el artículo 195 de la Ley 136 de 1994.

2. Imposición a los Alcaldes de las sanciones de suspensión o de destitución

Previamente conviene tener en cuenta que la Ley 13 de 1984 señaló como objetivo primordial del régimen disciplinario el de "asegurar a la sociedad y a la administración pública, la eficiencia en la presentación de los servicios a cargo del Estado, así como la moralidad, la responsabilidad y la conducta correcta de los funcionarios públicos, y a éstos los derechos y las garantías que les corresponden como tales". Estos objetivos que también se hallan expresamente consignados en la Constitución Política, hacen forzoso concluir que las sanciones decretadas en las providencias de la Procuraduría General de la Nación deben ser impuestas en su integridad por el funcionario ejecutor. Esto quiere decir que las sanciones de suspensión y de destitución a que se refiere la consulta, no pueden limitarse a una anotación en la hoja de vida de los respectivos servidores públicos, por cuanto se hallan en el ejercicio del cargo.

En efecto, de acuerdo con el inciso 20 del artículo 15 de la Ley 13 de 1984, aplicable a los alcaldes, la suspensión en el ejercicio del cargo, hasta por treinta (30) días sin derecho a remuneración, se origina cuando se presente el "concurso formal o material de faltas, las faltas graves o reincidencia en faltas leves". Estas causales a su vez también pueden conducir para solicitar la destitución. La sanción de destitución debe proceder en el caso de faltas graves, siempre y cuando se demuestre que son de las que enumera y especifica el artículo 15 de la Ley 13 de 1984.

Las sanciones de suspensión o destitución que decrete la Procuraduría General de la Nación, como órgano de control constitucional y legal competente para investigar y sancionar a los alcaldes debe hacerse efectiva por el Presidente de la República cuando se trate del Alcalde de Santa Fe de Bogotá, D. C., o por los gobernadores en los demás casos.

Además, la sanción de destitución acarrea la inhabilidad para el desempeño de funciones públicas por un plazo de uno a cinco años, término éste que deberá precisarse en la misma providencia en la que se determine la separación del cargo. Esto significa que decretada la sanción de destitución, el servidor, en nuestro caso el alcalde, incurre en inhabilidades para el desempeño de funciones públicas.

Ahora bien, la inhabilidad que ocasiona la sanción de destitución, según lo dispuesto por el artículo 17 de la mencionada Ley 13 de 1984, no es discrecional de la Procuraduría, pues la norma es de imperativo cumplimiento.

En la eventualidad que en la providencia sancionaria no se determine el término de duración de la sanción, se aplicará el mínimo que es de un año.

De esta manera se corrobora lo afirmado, en el sentido de que si la respectiva providencia hubiere quedado en firme antes de la segunda elección de alcalde, éste se hubiere inhabilitado en virtud de la causal consagrada en el artículo 95 numeral 20 de la Ley 136 de 1994. No puede entonces admitirse que, como la sanción se produjo estando vigente un nuevo período, no pueda imponerse.

Por tanto, las sanciones de suspensión o destitución deben aplicarse a quienes resulten responsables disciplinariamente y se hallen en ejercicio del cargo en los términos y condiciones contenidas en las respectivas providencias proferidas por la Procuraduría General de la Nación.

La infracción en que incurra un alcalde y que se halle prevista como "falta por una norma legal es causa suficiente para imponer la sanción fijada en la ley; sin que pueda condicionársele a un requisito adicional no previsto por el legislador. Ello sin perjuicio de la prescripción de la acción disciplinaria fijada por la ley en 5 años.

Debe aclararse además que las sanciones de suspensión o destitución consagradas en el artículo 314 de la Constitución Política para los alcaldes y cuya iniciativa compete al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa o a los

gobernadores como jefes de la administración seccional, no puede confundirse con la que ordinariamente regula el régimen disciplinario para los servidores y empleados públicos, y cuya competencia está asignada a la Procuraduría General de la Nación.

En el caso concreto de la consulta, la sanción de destitución que ordene el Presidente de la República para el caso del Alcalde de Santa Fe de Bogotá, D. C., o los gobernadores para los alcaldes de su departamento con fundamento en el artículo 314 de la Constitución, debe entenderse sin perjuicio de la investigación disciplinaria que la Procuraduría pueda adelantar y que culmine con la suspensión o destitución del cargo y la consiguiente inhabilidad para el desempeño de funciones públicas, con fundamento en la aplicación del artículo 17 de la Ley 13 de 1984.

Se observa que en el transcurso del trámite del presente proyecto, la Corte Constitucional declaró inexequible, entre otros, el numeral 20 del artículo 104 de la Ley 136 de 1984, y la expresión "de la Procuraduría General de la Nación o" contenida en el numeral 3c. del artículo 105 de la Ley 136 de 1994.

Para tal efecto sostuvo la Corte: "...Por todo lo anterior, la Corte procederá a efectuar la unidad normativa y a declarar la inexequibilidad de estas disposiciones. Sin embargo, con respecto a ellas, la Corte también precisa que la inexequibilidad no implica que no exista actualmente forma de hacer efectiva las sanciones disciplinarias contra los alcaldes, concejales o personeros. De un lado, cuando ejerza la supervigilancia disciplinaria y por mandato directo del artículo 277 ordinal 6° de la Constitución, el Procurador y sus delegados o agentes, deben imponer –esto es, adoptar y hacer efectiva– la suspensión o destitución de estos funcionarios, sin que tengan por qué solicitar a otras autoridades la ejecución de tal medida. Y, de otro lado, el Presidente y los gobernadores podrán suspender a los alcaldes, ya sea a solicitud de la Procuraduría, ya sea como producto de una investigación disciplinaria autónoma del propio poder ejecutivo, ya sea por orden judicial, en aquellos eventos en los cuales la ley haya establecido causales taxativas y dentro de los ámbitos materiales señalados anteriormente por esta sentencia".

Pero es más, en el caso de estudio se trata de ciudadanos elegidos como alcaldes para dos municipios y luego vueltos a elegir para el mismo cargo en los mismos municipios.

Por lo expuesto, en mi sentir las respuesta a la consulta han debido ser las siguientes:

1. Si quien se halla en el ejercicio de las funciones de alcalde por haber sido elegido para el período comprendido entre 1995 y 1997 y es sancionado por la Procuraduría General de la Nación con la suspensión del cargo por haber incurrido en comisión de faltas en ejercicio del mismo cargo durante el período 1990-1992; tal suspensión debe ser aplicada obligatoriamente por el Presidente de la República o por el gobernador del mismo departamento respectivo.

En consecuencia, producida la falta temporal, el Presidente de la República o el gobernador procederá a la designación del reemplazo en la forma prevista en el artículo 106 de la Ley 136 de 1994.

2. Si la sanción consiste en destitución, se le separará definitivamente del cargo actual de alcalde, esto implica la inhabilidad para el desempeño de funciones públicas por el término que se determine en la respectiva providencia. Si la entidad de control no fijó el término de inhabilidad, se aplicará el mínimo de un año.

En este caso y por tratarse de una falta absoluta, deberá procederse por el Presidente de la República o el gobernador respectivo, de conformidad con lo establecido en los artículos 106 y 107 de la Ley 136 de 1994.

3. Es obligatorio para la Procuraduría General de la Nación fijar el término de inhabilidad para el desempeño de cargos públicos en la misma providencia que decrete la sanción de destitución, según lo prescribe el artículo 17 de la Ley 13 de 1984, siempre que la misma se produzca por una investigación disciplinaria. Pero, dicha entidad de control no está facultada para solicitar la imposición de la inhabilidad para el desempeño de cargos públicos mencionados en la ley.

La Procuraduría General de la Nación puede imponer directamente las sanciones previstas en el artículo 15 de la Ley 13 de 1984, a los alcaldes respecto de infracciones cometidas por éstos. Igualmente, podrá solicitar su imposición al Presidente o a los gobernadores según el caso.

De los señores Consejeros respetuosamente,

Roberto Suárez Franco.

CONSULTA NUMERO 702

(5 de julio de 1995)

CANDIDATO PRESIDENCIAL - Tope de las campañas electorales / CANDIDATO A LA VICEPRESIDENCIA - Tope de las campañas electorales / CAMPAÑAS ELECTORALES-Topes / CONSEJO NACIONAL ELECTORAL-Facultades / CAMPAÑAS ELECTORALES-Inversión / EMPRESTITOS FINANCIACION DE CAMPAÑAS ELECTORALES / REPOSICION DE GASTOS / FINANCIACION DE CAMPAÑAS POLITICAS-Fuentes / CONTRIBUCIONES DE PARTICULARES.

El artículo 1° de la Resolución 109 de 18 de marzo de 1994, expedida por el Consejo Nacional Electoral, determinó, con carácter obligatorio, la suma máxima que, en conjunto, los candidatos a Presidentes y a Vicepresidente de la República podían gastar en la correspondiente campaña electoral. El parágrafo de la misma disposición fijó en el 40% de $2.000.000.000 el valor máximo que los candidatos a Presidente y Vicepresidente de la República podían, en conjunto, gastar en la segunda vuelta. Pero el artículo 1° de la Resolución 178 de 7 de junio de 1994 del Consejo Nacional Electoral subrogó la mencionada disposición y dispuso que pueden gastar, en conjunto, hasta $2.000.000.000.00. El artículo 1° de la Resolución 109 de 1994, ya mencionada, hace alusión a todas las posibles fuentes de financiamiento de las campañas electorales; peculio propio, de la familia o contribuciones particulares. La modalidad adverbial "en conjunto", que el artículo 1° de la Resolución 109 de 1994 utiliza, significa que el monto de los gastos autorizados comprende los de los candidatos a Presidente y Vicepresidente de la República, quienes son elegidos conjuntamente. El término "invertir", que utiliza el artículo 1° de la Resolución 109 de 1994, expedida por el Consejo Nacional Electoral, significa gastar en lo necesario para la campaña electoral. Incluye, en consecuencia, las sumas provenientes de empréstitos. El Consejo Nacional Electoral debe fijar los gastos máximos que los candidatos pueden hacer en las campañas electorales teniendo en cuenta, según el artículo 14, inciso 3° de la Ley 130 de 1994, "los costos de campañas, el censo electoral de las circunscripciones y la apropiación que el Estado haga para reponer parcialmente los

gastos efectuados durante ellas". El valor de las reposiciones del Estado debe entregarse a los correspondientes partidos o movimientos políticos o grupos significativos de ciudadanos para que sean repartidos proporcionalmente entre los candidatos. Pero el valor de las reposiciones no puede exceder el monto de los gastos que ellos efectúen.

Autorizada su publicación el 26 de julio de 1995 con Oficio número 283.

Santa Fe de Bogotá, D. C., cinco (5) de julio de mil novecientos noventa y cinco (1995),

Consejero Ponente: Doctor *Humberto Mora Osejo*

Radicación número 702.

Referencia: Consulta del señor Ministro de Gobierno sobre la suma máxima que pueden invertir en las campañas políticas los candidatos para Presidente y Vicepresidente de la República.

Se absuelve la consulta que el señor Ministro de Gobierno formula a Sala en los siguientes términos textuales:

"PRIMERO: El artículo primero de la Resolución 109 del 18 de marzo de 1994 proferida por el Consejo Nacional Electoral, manifiesta:

La suma máxima que pueden invertir en la campaña los candidatos a la Presidencia y Vicepresidencia de la República, en conjunto, bien sea de su propio pecunio, o el de sus familia o contribuciones de personas naturales o jurídicas (sic), será de dos mil millones de pesos ($2.000.000.000.00).

'a) Debe entenderse la formulación del citado artículo como taxativa?, o es de carácter meramente enunciativo?

'b) La suma máxima a que se refiere la disposición en comento puede integrarse con factores distintos a los allí consignados?.

'c) Cuando el artículo menciona el término "en conjunto", hace referencia a factores no enunciados en este precepto, con prescindencia de los componentes que integran **"la suma máxima"?**

'SEGUNDO: El término **"invertir",** que aparece en el artículo primero de la Resolución 109 del 18 de marzo 1994 puede referirse a sumas de dinero provenientes de empréstitos?

'En qué categoría se incluyen los ingresos provenientes de la reposición que el Estado concedió a cada candidato por los gastos de campaña en proporción a los votos obtenidos en la primera vuelta?".

La Sala considera:

1°. El artículo 12, 4°., de la Ley 58 de 1985 dispuso que "ningún candidato a la Presidencia de la República o al Congreso podrá invertir en la respectiva campaña suma que sobrepase la que fije la Corte Electoral, bien sea de su propio peculio o del de su familia". La disposición agregó que "las sumas a que se refiere este artículo serán teniendo en cuenta los costos de las campañas y la apropiación que el Estado haga para reponer parcialmente los gastos efectuados durante ellas".

El artículo 18 de la Ley 84 de 1993 regulaba la financiación de las campañas electorales por el Estado, con el objeto de reponer los gastos de las mismas; pero esta ley fue declarada inconstitucional por sentencia de la Corte Constitucional del 23 de marzo de 1994, con excepción de los artículos 9°, 16, 17 y 25 que no son pertinentes al caso.

El artículo 14, inciso 2° de la Ley 130 de 1994, relativa al "estatuto básico de los partidos y movimientos políticos", reiteró y amplió el artículo 12, inciso 4° de la Ley 58 de 1985, al disponer que "ningún candidato a cargo de elección popular podrá invertir en la respectiva campaña suma que sobrepase la que fije el Consejo Nacional Electoral, bien sea de su propio peculio, del de su familia o de contribuciones particulares. El Consejo Nacional Electoral fijará esta suma seis (6) meses antes de la elección", de lo contrario sus miembros "incurrirán en causal de mala conducta".

El mayor alcance de la transcrita disposición consiste en que menciona, además del peculio propio y del familiar, las "contribuciones particulares", como fuentes originarias del dinero que se gaste en las campañas electorales. De manera que la máxima cantidad que el Consejo Nacional Electoral fije para gastos en las mismas puede provenir de cualquiera de esas fuentes o de todas ellas.

2°. Según las transcritas disposiciones legales, los candidatos no pueden gastar en las campañas electorales sumas que excedan o sobrepasen las fijadas al efecto por el Consejo Nacional Electoral.

3°. En el caso específico que es objeto de consulta, el Consejo Nacional Electoral, mediante el artículo 1° de la Resolución 109 del 18 de marzo de 1994, dispuso que "la suma máxima que pueden invertir en la campaña los candidatos a la Presidencia y Vicepresidencia de la República, en conjunto, bien sea de su propio peculio, o de su familia o de contribuciones de personas naturales o jurídicas, será de dos mil millones de pesos ($2.000.000.000.00)".

Según el claro e inequívoco tenor literal del transcrito precepto, en forma terminante o perentoria, el Consejo Nacional Electoral dispuso que los candidatos a la Presidencia y a la Vicepresidencia de la República, en conjunto, sólo podían gastar dos mil millones de pesos ($2.000.000.000.00).

Esta suma, según el parágrafo de la misma disposición, debía incrementarse "para los dos candidatos que hubieren obtenido las más altas votaciones en un 40%, si tiene lugar la segunda vuelta en los términos del artículo 190 de la Constitución Políti-

ca". De manera que esta disposición autorizó los gastos, en conjunto, de los candidatos a Presidente y a Vicepresidente hasta por el máximo del 40% de $2.000.000.000.00 para la segunda vuelta.

4°. Sin embargo, el Consejo Nacional Electoral, mediante Resolución número 178 del 7 de junio de 1994 subrogó el mencionado parágrafo al disponer que "la suma máxima que pueden invertir en la segunda vuelta los candidatos a la Vicepresidencia de la República, en conjunto, bien sea de su propio peculio, del de su familia o de contribuciones de personas naturales o jurídicas, será de dos mil millones de pesos ($2.000.000.000.00), en gastos de campaña".

5°. El término "invertir", que utiliza el artículo 1° de la Resolución 109 de 1994, significa gastar en lo necesario para la campaña electoral.

6°. La ley contempla que el Estado financie las campañas electorales, con fundamento en los votos obtenidos. El Consejo Nacional Electoral determina el máximo de los recursos que los candidatos pueden gastar en la campaña electoral, según el artículo 14, inciso 3° de la Ley 130 de 1994, "teniendo en cuenta los costos de las campañas, el censo electoral de las circunscripciones y la apropiación que el Estado haga para reponer parcialmente los gastos efectuados durante ellas" (la Sala subraya). De manera que las partidas que apropie el Estado para las reposiciones constituye uno de los factores o elementos, prescritos por la ley, para que el Consejo Nacional Electoral fije el límite máximo de los gastos que puedan realizarse en las campañas electorales.

7°. Según el artículo 109, inciso 1° de la Constitución, "el Estado contribuirá a la financiación del funcionamiento y de las campañas electorales de los partidos y movimientos políticos con personería jurídica". Además, el inciso 2° de la misma disposición, "los demás partidos, movimientos y grupos significativo de ciudadanos que postulen candidatos, se harán acreedores a este beneficio siempre que obtengan el porcentaje de votación que señale la ley".

De manera, que según la Constitución, los partidos y movimientos políticos y los "grupos significativos de ciudadanos que postulen candidatos", tienen derecho a que el Estado contribuya a financiar las campañas políticas, siempre que obtengan "el porcentaje de votación que señale la ley". Los candidatos tienen derecho a participar de estos beneficios, mediante distribución proporcional que les tenga el partido, movimiento o grupo significativo de ciudadanos. Sin embargo, las reposiciones del Estado no pueden exceder el valor de los gastos efectuados por los partidos o movimientos políticos o "grupos significativos de ciudadanos".

Con fundamento en lo expuesto, la Sala responde:

1°. El artículo 1° de la Resolución número 109 del 18 de marzo de 1994, expedida por el Consejo Nacional Electoral, determinó, con carácter obligatorio, la suma máxima que, en conjunto, los candidatos a Presidente y a Vicepresidente de la Repú-

blica podían gastar en la correspondiente campaña electoral. El parágrafo de la misma disposición fijó en el 40% de $2.000.000.000.00 el valor máximo que los candidatos a Presidente y a Vicepresidente de la República podían, en conjunto, gastar en la segunda vuelta. Pero, el artículo 1° de la Resolución número 178 del 7 de junio de 1994 del Consejo Nacional Electoral subrogó la mencionada disposición y dispuso que pueden gastar, en conjunto, hasta $2.000.000.000.00.

2°. El artículo 1° de la Resolución número 109 de 1994, ya mencionada, hace alusión a todas las posibles fuentes de financiamiento de las campañas electorales: peculio propio, de la familia o contribuciones particulares.

3°. La modalidad adverbial "en conjunto", que el artículo 1° de la Resolución 109 de 1994 utiliza, significa que el monto de los gastos autorizados comprende los de los candidatos a Presidente y Vicepresidente de la República, quienes son elegidos conjuntamente.

4°. El término "invertir", que utiliza el artículo 1° de la Resolución 109 de 1994, expedida por el Consejo Nacional Electoral, significa gastar en lo necesario para la campaña electoral. Incluye, en consecuencia, las sumas provenientes de empréstitos.

5°. El Consejo Nacional Electoral debe fijar los gastos máximos que los candidatos pueden hacer en las campañas electorales teniendo en cuenta, según el artículo 14, inciso 3° de la Ley 130 de 1994, "los costos de las campañas, el censo electoral de las circunscripciones y la apropiación que el Estado haga para reponer parcialmente los gastos efectuados durante ellas".

6°. El valor de las reposiciones del Estado debe entregarse a los correspondientes partidos o movimientos políticos grupos significativos de ciudadanos para que sean repartidos proporcionalmente entre los candidatos. Pero el valor de las reposiciones no puede exceder el mandato de los gastos que ellos efectúen.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a los señores Ministro de Gobierno y Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

Humberto Mora Osejo, Presidente de la Sala; *Javier Henao Hidrón, Luis Mario Peña Marmolejo;* Conjuez, *Roberto Suárez Franco.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

CONSULTA NUMERO 706

(5 de julio de 1995)

MATERIAL DE GUERRA INSERVIBLE - Venta al exterior / VENTA AL EXTERIOR DE MATERIAL DE GUERRA INSERVIBLE - Trámite.

El artículo 4, parágrafo, del Decreto 855 de 1994, reglamentario de la Ley 80 de 1993, dispone que "las armas y municiones de guerra que se consideren inservibles, obsoletas y que no sean susceptibles de reconversión y utilización por la fuerza pública se pondrán en venta en la forma prevista por el artículo 101 del Decreto-ley 2535 de 1993". El artículo 262 del Decreto-ley 222 de 1983 regulaba venta de material de guerra inservible, mediante "licitación privada internacional", a la cual hace referencia el artículo 101, antes transcrito, del Decreto-ley 2535 de 1993. Según el contexto de la consulta, la administración no inició el procedimiento para vender los materiales a que se refiere durante la vigencia del Decreto-ley 222 de 1983; que éste fue expresamente derogado –con excepción de los artículos 108 a 113, inclusive– por la Ley 80 de 1993, desde el 1° de enero de 1994 (artículos 81 y 82) y que, en consecuencia, actualmente la venta de esos materiales debe efectuarse con fundamento en la Ley 80 de 1993. En lo pertinente, se debe aplicar el procedimiento prescrito por el artículo 14 del Decreto 855 de 1994, sobre "venta de bienes de propiedad de las entidades que no requieran para su servicio".

Autorizada su aplicación el 24 de julio de 1995.

Santa Fe de Bogotá, D. C., cinco (5) de julio de mil novecientos noventa y cinco (1995),

Consejero Ponente: Doctor *Humberto Mora Osejo*

Radicación número 706.

Referencia: Consulta del Ministro de Defensa Nacional relacionada con el trámite para la venta al exterior de material decomisado.

Se absuelve la consulta que el señor Ministro de Defensa Nacional formula a la Sala en los siguientes términos textuales:

"Atentamente me permito formular ante ustedes por conducto de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, consulta encaminada a absolver algunas inquietudes sobre la venta al exterior de material decomisado según el Decreto 2535 del 17 de diciembre de 1993, de acuerdo con los siguientes planteamientos:

- Mediante Resolución Ejecutiva número 173 del 22 de noviembre de 1993, se dispuso la venta de un material en desuso por conducto del Comando General de las Fuerzas Militares.

- Dicha resolución dispone la baja y ordena la venta de un material de guerra inservible y obsoleto, entregado por el Ejército, Armada y Fuerza Aérea Colombiana, por conducto del Comandante General de las Fuerzas Militares, de acuerdo a lo previsto en el artículo 262 del Decreto-ley 222 de 1983.

- Igualmente, consagra que el material referido será vendido por intermedio del Comando General de las Fuerzas Militares, a través de licitación privada internacional, con sujeción a las formalidades previstas en el Decreto 222 de 1983.

- El 17 de diciembre de 1993 mediante el Decreto 2535 se expiden normas sobre armas, municiones y explosivos, con fundamento en las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 61 de 1993.

- El decreto antes citado, consagró en el Capítulo III, destrucción o venta de material decomisado, artículo 101 la venta al exterior de material decomisado en los siguientes términos: "... por conducto del Comando General de las Fuerzas Militares, el Gobierno Nacional pondrá en venta mediante licitación privada internacional, las armas y municiones de guerra que se consideran inservibles, obsoletas y que no sean susceptibles de reconversión y utilización por la fuerza pública".

SE CONSULTA:

1. Es procedente agotar el trámite previsto en el Decreto 222 de 1983.

2. En caso de no poderse realizar el trámite anterior y considerando que el Decreto número 2535 del 17 de diciembre de 1993, en el artículo 101 estableció la figura venta al exterior de material decomisado, mediante licitación privada internacional y que la Ley 80 de 1993 no previó la licitación como tal, ni el respectivo trámite: ¿Cúal sería el procedimiento a seguir para efectuar la venta mencionada?

LA SALA CONSIDERA:

1°. El artículo 101 del Decreto-ley 2535, del 17 de diciembre de 1993, dispuso que "por conducto del Comando General de las Fuerzas Militares el Gobierno Nacional pondrá en venta, mediante licitación privada internacional, las armas y municiones de guerra, que se consideren inservibles, obsoletas y que no sean susceptibles de reconversión y utilización por la fuerza pública".

Además, el artículo 4°. parágrafo, del Decreto 855 de 1994, reglamentario de la Ley 80 de 1993, dispone que "las armas y municiones de guerra que se consideren inservibles, obsoletas y que no sean susceptibles de reconversión y utilización por la fuerza pública se pondrán en venta en la forma prevista por el artículo 101 del Decreto-ley 2535 de 1993".

2°. El artículo 262 del Decreto-ley 222 de 1983 regulaba la venta de material de guerra inservible, mediante "licitación privada internacional", a la cual hace referencia el artículo 101, antes transcrito, del Decreto-ley 2535 de 1993.

3°. Sin embargo, la Sala considera que, según el contexto de la consulta, la administración no inició el procedimiento para vender los materiales a que se refiere durante la vigencia del Decreto-ley 222 de 1983; que éste fue expresamente derogado –con excepción de los artículos 108 a 113, inclusive– por la Ley 80 de 1993, desde 1° de enero de 1994 (artículos 81 y 82) y que, en consecuencia, actualmente la venta de esos materiales debe efectuarse con fundamento en la Ley 80 de 1993. En lo pertinente, se debe aplicar el procedimiento prescrito por el artículo 14 del Decreto 855 de 1994, sobre "venta de bienes de propiedad de las entidades que no requieran para su servicio".

Con base en lo expuesto la Sala responde:

El Decreto-ley 222 de 1983 no es aplicable al caso, porque el procedimiento de venta de los materiales no se inició durante su vigencia y porque este decreto fue derogado expresamente por la Ley 80 de 1993.

La Nación, por conducto del Ministerio de Defensa, debe vender los materiales en desuso, a que se refiere la consulta, mediante la aplicación de la Ley 80 de 1993 y del artículo 14 del Decreto 855 de 1994, en la forma indicada en la parte motiva.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a los señores Ministro de Defensa y Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

Humberto Mora Osejo, Presidente de la Sala; *Javier Henao Hidrón, Luis Camilo Osorio Isaza, Roberto Suárez Franco.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

CONSULTA NUMERO 704

(19 de julio de 1995)

EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PUBLICOS-Régimen de Contratación Aplicable / EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PUBLICOS-Régimen Laboral Aplicable / EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PUBLICOS-Régimen Tributario Aplicable / EXENCION DE IMPUESTOS - Empresa prestadora de servicios públicos.

El régimen aplicable en la celebración de contratos cuyo objeto sea la prestación de servicios por parte de las personas prestadoras de servicios públicos, es el del derecho privado, con las salvedades que dispone la Ley 142 de 1994, respecto del contrato de concesión en cuya celebración puede acogerse a lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 en los términos y condiciones analizados. La remisión hecha por el artículo 41 de la Ley 142 de 1994 debe entenderse formulada respecto del inciso segundo del artículo 5° del Decreto-ley 3135 de 1968 y no del primero, como equivocadamente aparece en el texto legal. El orden municipal de las empresas de servicios públicos domiciliarios, beneficiarias del régimen de exención tributaria por siete años, según el artículo 24.2 de la Ley 142 de 1994, se determina conforme disponga el acto de creación, para las oficiales o mixtas, o lo exprese el objeto social de las empresa privada.

Autorizada su publicación el 14 de agosto de 1995.

Santa Fe de Bogotá, D. C., diecinueve (19) de julio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Roberto Suárez Franco*

Radicación número 704.

Referencia: Consulta del Ministerio de Desarrollo Económico sobre la Ley 142 de 1994, servicios públicos domiciliarios y artículo 4° del Decreto-ley 3130 de 1968.

El señor Ministro de Desarrollo Económico, doctor Rodrigo Marín Bernal, formula a la Sala la consulta en los siguientes términos textuales:

"SUJETOS DE DERECHO PRESTADORES DE SERVICIOS PUBLICOS Y REGIMEN DE CONTRATACION

La Ley 142 de 1994 en su artículo 15 trata lo relacionado con las personas prestadoras de servicios públicos, dentro de las cuales encontramos entidades de derecho y establece:

"ARTICULO 15. Personas que prestan servicios públicos. Pueden prestar los servicios públicos:

15.1. Las empresas de servicios públicos.

15.2. Las personas naturales o jurídicas que produzcan para ellas mismas, o como consecuencia o complemento de su actividad principal, los bienes y servicios propios de objeto de las empresas de servicios públicos.

15.3. Los municipios cuando asuman en forma directa, a través de su administración central, la prestación de los servicios públicos conforme a lo dispuesto en esta ley.

15.4. Las organizaciones autorizadas conforme a esta ley para prestar servicios públicos en municipios menores en zonas rurales y áreas o zonas urbanas específicas.

15.5. Las entidades autorizadas para prestar servicios públicos durante los períodos de transición previstos en esta ley.

15.6. Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional que al momento de expedirse esta ley estén prestando cualquiera de los servicios públicos y se ajusten a lo establecido en el parágrafo del artículo 17".

Por su parte el artículo 17 de la Ley 142 de 1994, estableció:

"Artículo 17. Naturaleza. Las empresas de servicios públicos son sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos de que trata esta ley".

En conconrdancia con la norma transcrita, el artículo 180 de la misma Ley 142 de 1994, estableció:

"Artículo 180. Transformación de empresas existentes. Las entidades descentralizadas que estuvieren prestando los servicios a que esta ley se refiere, se transformarán de acuerdo a lo establecido en el artículo 17 de esta ley, en un plazo de dos años a partir de su vigencia".

De otra parte es criterio generalizado que el legislador al regular el régimen de contratación de las entidades que prestan servicios públicos, quiso que se rigieran por las normas de derecho privado para esta manera garantizar la libre competencia, teniendo en cuenta que las empresas del Estado al tener que hacer trámites de contratación de conformidad con las normas del Estatuto de la Contratación Pública (Ley 80

de 1993), se verían en desventaja respecto de las entidades de derecho privado prestadoras de estos servicios, que contarían con una mayor agilidad y flexibilidad en sus procesos de contratación.

En el sentido expresado, el artículo 31 de la Ley 142 establece:

"Artículo 31. Concordancia con el estatuto general de la contratación pública. Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley y que tengan por objeto la prestación de esos servicios, se regirán por el parágrafo 1° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y por la presente ley, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa.

Las Comisiones de regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exhorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo la relativa a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos en los que se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa".

El artículo 39 de la Ley 142 de 1994, regula los "contratos especiales para la gestión de los servicios públicos y su parágrafo establece:

"PAR. Salvo los contratos de que trata el numeral 39.1, todos aquellos a los que se refiere este artículo se regirán por el derecho privado".

Se consulta:

1°. De conformidad con las normas transcritas debe entenderse entonces, que las disposiciones contenidas en el 31 de la Ley 142 de 1994, régimen de derecho privado para contratos, son predicables para todas las entidades prestadoras de los servicios públicos a que se refiere la Ley 142 de 1994, sin importar su naturaleza jurídica de derecho público, aún para los municipios que de conformidad con la misma ley prestan los mismos servicios en forma directa, y sin importar la naturaleza de los contratos a celebrar, salvo aquellos a los que la misma Ley 142 les asigna un régimen especial.

REGIMEN LABORAL

El artículo 41 de la Ley 142 de 1994 establece:

"Artículo 41. Aplicación del Código Sustantivo del Trabajo. Las personas que presten sus servicios a las empresas de servicios públicos privados o mixtas, tendrán el carácter de trabajadores particulares y estarán sometidas a las normas del Código Sustantivo del Trabajo y a lo dispuesto en esta ley. Las personas que presten sus servicios a aquellas empresas que a partir de la vigencia de esta ley se acojan a lo establecido en parágrafo del artículo 17, se regirán por las normas establecidas en el inciso primero del artículo 5° del Decreto 3135 de 1968 (subrayado fuera del texto).

El parágrafo 1° del artículo 17 de la Ley 142 establece:

Parágrafo 1°. Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional, cuyos propietarios no deseen que su capital esté representado en acciones, deberán adoptar la forma de empresa industrial y comercial del Estado".

El artículo 5° del Decreto-ley 3135 de 1968 determina:

"Artículo 5°. Las personas que presten sus servicios en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. En los estatutos de los establecimientos públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo.

Las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales, sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección confianza deben ser desempañadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos".

Se consulta:

Teniendo en cuenta las normas transcritas y el espíritu de la Ley 142 de 1994 y su tendencia clara de dotar a las empresas que presten servicios públicos domiciliarios, de regímenes que permitan la competencia con empresas privadas, se somete a consideración del honorable Consejo de Estado.

1°. Es posible interpretar que la remisión que realizó el artículo 41 de la Ley 142 de 1994 se refiere al inciso segundo del artículo 5° del Decreto-ley 3135 de 1968 y no al primero como lo establece el artículo 41 de la ley de servicios públicos domiciliarios.

REGIMEN TRIBUTARIO

El artículo 24 de la Ley 142 establece un régimen tributario especial para las entidades prestadoras de servicios públicos y el numeral 24.2 a la letra dice:

"24.2. Por un período de siete años exímase a las empresas de servicios públicos domiciliarios de orden municipal, sean ellas de naturaleza privada, oficial o mixta, del pago de impuestos de renta y complementarios sobre las utilidades que se capitalicen o que se constituyan en reservas para la rehabilitación, extensión y reposición de los sistemas".

Se consulta:

El criterio determinar el "orden municipal" de la empresa a que hace referencia el artículo transcrito, es únicamente el ámbito en el cual se presta el servicio público, o deben aplicarse los criterios tradicionales contemplados en el artículo 4° del Decreto-ley 3130 de 1968".

I. ANTECEDENTES

A. Constitucionales.

El artículo 367 de la Constitución Política trata de los servicios públicos domiciliarios; defiere en la ley la fijación de competencias y responsabilidades relativas a su prestación, cobertura, calidad, financiación y régimen tarifario para lo cual se deberán tener en cuenta los criterios de costos, de solidaridad y de redistribución de ingresos.

B. Legales.

En desarrollo del mandato constitucional citado con anterioridad el Congreso de la República expidió la Ley 142 de 1994 por la cual estableció "el régimen de los servicios públicos domiciliarios". En el artículo 1° de esta ley, se dispuso que sus ordenamientos comprenden a los servicios de "acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía pública básica conmutada y la telefónica local móvil en el sector rural; a las actividades que realicen las personas prestadoras de servicios públicos de que el artículo 15 de la presente ley, y a las actividades complementarias definidas en el Capítulo II del presente título y a los otros servicios previstos en normas especiales de esta ley".

II. DE LAS PERSONAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PUBLICOS Y DEL REGIMEN DE CONTRATACION

A. Fundamentos legales.

1. El artículo 15 de la Ley 142 de 1994 determina las personas que pueden prestar los servicios públicos, menciona las siguientes:

"1. Las empresas de servicios públicos.

2. Las personas naturales o jurídicas que produzcan para ellas mismas o como consecuencia o complemento de su actividad principal, los bienes y servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos.

3. Los municipios cuando asuman en forma directa a través de su administración central, la prestación de los servicios públicos conforme a lo dispuesto en esta ley.

4. Las organizaciones autorizadas conforme a esta ley para prestar servicios públicos en municipios menores en zonas rurales y en áreas o zonas urbanas específicas.

5. Las entidades autorizadas para prestar servicios públicos durante los períodos de transición previstos en esta ley.

6. Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional que al momento de expedirse esta ley estén prestado cualquiera de los servicios públicos y se ajusten a lo establecido en el parágrafo del artículo 17".

2. De conformidad con lo establecido por el artículo 17 ibídem, las empresas de servicios públicos "son sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos" de que se trata en la misma ley.

En un mismo orden de ideas, el parágrafo de la norma citada agrega que "Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional cuyos propietarios no deseen que su capital esté representado en acciones, deberán adoptar la forma de empresa industrial y comercial del Estado".

A su vez, el artículo 180 de la Ley 142 fija un plazo de dos (2) años contados a partir de su vigencia, con el fin de que las entidades descentralizadas que estuvieren prestando los servicios a que se refiere la misma ley, se transformen de acuerdo a lo establecido en el artículo 17.

3. Igualmente, en la Ley 142 se ordena que "los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a que se refiere esta ley, y que tengan por objeto la prestación de esos servicios, se regirán por el parágrafo 1° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y la presente ley..." (artículo 31).

No obstante, se agrega en el inciso segundo de la misma norma que "las comisiones de regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusula exhorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos en los que se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa".

4. Por último en el artículo 39 de la Ley 142 se precisan, para los efectos de la gestión de los servicios públicos, los contratos que deben entenderse como especiales, los cuales según el parágrafo del mismo artículo se regirán por el derecho privado pero con la excepción del "Acceso al espectro electromagnético para el servicio público de telecomunicaciones" el cual puede celebrarse mediante contrato de concesión que se someta a la Ley 80 de 1993.

B. **Consideraciones.**

1. Del análisis de las normas a que se ha hecho referencia con anterioridad se llega a una primera conclusión cual es la que la Ley 142 de 1994 es de carácter especial por cuanto reglamenta lo concerniente a las actividades de los servicios públicos domiciliarios; no distingue al regular el régimen de contratación, entre las personas que pueden ser prestatarias de tales, por lo cual debe entenderse que cualquier empresa que acoja la forma de sociedad por acciones puede dedicarse a la prestación de servicios públicos, pero ciñéndose a los demás ordenamientos legales sobre la materia.

Se prescribe además, en el parágrafo del artículo 17 de la misma ley, que las entidades descentralizadas cuyos propietarios no deseen que su capital esté representa-

do por acciones, deberán adoptar la forma de empresas industriales y comerciales del Estado.

Se tiene también que entre las entidades que prestan servicios públicos domiciliarios se encuentran entre otras, los municipios, las entidades autorizadas para prestar servicios públicos durante períodos de transición y las entidades descentralizadas de orden territorial o nacional.

2. Por otra parte los artículos 31 y 39 de la Ley 142 contemplan, como régimen aplicable a los contratos de servicios públicos, el previsto en el derecho privado, con las salvedades del contrato de concesión sobre el acceso al "espectro electromagnético para el servicio público de telecomunicaciones" el cual puede regirse por la Ley 80 de 1993.

Además el artículo 31 citado se refiere a los contratos que celebren "las entidades estatales" con lo que se da a entender que se comprende también a los municipios y entidades descentalizadas (artículo 2° literal a) Ley 80 de 1993.

Se impone reiterar lo expresado en concepto anterior a la Sala que sobre este mismo tema manifestó: "El artículo 32, parágrafo 1° de Ley 80 de 1993 dispone que los contratos de crédito, seguros y financieros, no se rigen por la mencionada ley. Aunque el parágrafo 1° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 regula materias diferentes de los servicios domiciliarios, la Sala considera que el artículo 31 de la Ley 142 de 1994 prescribe que los contratos para la prestación de servicios domiciliarios, con las salvedades que establece, no se rigen por la Ley 80 de 1993 sino por el derecho privado, con las variantes prescritas por la misma Ley 142 de 1994" (Radicación N° 666).

Las razones expuestas son suficientes para llegar a la conclusión de que el régimen de contratación, aplicable a las personas prestadoras de servicios públicos, incluyendo a los municipios y a las entidades descentralizadas cuyo objeto a contratar sea la prestación de uno de dichos servicios, es el previsto por el derecho privado, con la excepción de la misma Ley 142 y del contrato de concesión, en la forma ya expresada.

III. REGIMEN LABORAL

A. Fundamentos legales.

1. La Ley 142 de 1994 también regula el régimen laboral de las personas vinculada a las empresas prestadoras de los servicios públicos. Se establece al respecto en el artículo 41: "Las personas que presten sus servicios a las empresas de servicios públicos, privados o mixtas, tendrán el carácter de trabajadores particulares y estarán sometidos a las normas del Código Sustantivo del Trabajo y a lo dispuesto en esta ley. Las personas que prestan sus servicios a aquellas empresas que a partir de la vigencia de esta ley se acojan a lo establecido en el parágrafo del artículo 17, se regirán por las normas establecidas en el inciso primero del artículo 5° del Decreto-ley 3135 de 1968".

2. Se agrega en el parágrafo del artículo 17 de la ley en mención que las entidades descentralizadas de cualquier orden, territorial o nacional, cuyos propietarios no deseen que su capital esté representado en acciones deberán adoptar la forma de empresa industrial y comercial del Estado.

3. Por su parte, el artículo 5° del Decreto-ley 3135 de 1968 al cual remite la Ley 142 de 1994 prescribe que: "las personas que presten sus servicios en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. En los estatutos de los establecimientos públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo.

"Las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales, sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos".

B. **Consideraciones**

En este aparte de la consulta se pregunta sobre cual debe ser el régimen laboral aplicable a los trabajadores vinculados con las empresas industriales y comerciales del Estado dedicadas a la prestación de servicios públicos, previstos en el parágrafo del artículo 17 de la Ley 142 de 1994; si el que aparece en el texto del artículo 41 de la misma ley en el que hace referencia al inciso primero del artículo 5° del Decreto 3135 de 1968 y que conduciría a aplicar el propio de los empleados públicos; o el que se deducirá de otros aspectos legales previstos en la misma ley y en la reglamentación de las empresas industriales y comerciales del Estado, contemplado por el inciso segundo del mismo artículo 5° del Decreto 3135 de 1968, no citado en la ley y que sería el de los trabajadores oficiales.

A este respecto y revisados los antecedentes de la Ley 142 de 1994 se tiene que en el proyecto de ley el Gobierno propuso como texto del que luego vino a ser el artículo 41, el siguiente: "Los empleados de las empresas de servicios públicos privados, tendrán el carácter de trabajadores particulares, y estáran sometidos a las normas del Código Sustantivo del Trabajo, mientras en esta ley no se disponga otra cosa. Los de las empresas oficiales se regirán por las normas que expresamente regulen las relaciones laborales de los servicios públicos; y en los demás por el mismo Código. La decisión de las controversias que se susciten entre ellos y las empresas en desarrollo de la relación laboral se regirán por las normas ordinarias".

En la ponencia para primer debate presentada ante el Senado de la República, se modificó dicha norma quedando plasmada en el pliego de modificaciones, así: "A todos los empleados vinculados a las empresas de servicios públicos se aplicarán las normas del Código Sustantivo del Trabajo o las que las sustituyan, modifiquen, adicionen o reformen".

Finalmente, en la ponencia para segundo debate se acogió como texto el del hoy artículo 41 de la Ley 142 de 1994 en el que se dispone que para las personas vinculadas a las empresas que adopten la forma de empresas industriales y comerciales del Estado, el régimen laboral aplicable es el ordenado por el inciso primero del artículo 5° del Decreto-ley 3135 de 1968.

Con el estudio de los antecedentes del artículo 41 de la Ley 142 de 1994 se llega a la conclusión de que el legislador quiso precisar cual es el régimen laboral para los trabajadores que presten sus servicios a las entidades de servicios públicos domiciliarios con capital no representado en acciones, y que adopten la forma de empresa industrial y comercial del Estado.

Pero al redactar la norma se incurrió en una equivocación al citar como tal régimen el previsto por el inciso primero del artículo 5° del Decreto 3135 de 1968 cuando lo pertinente era invocar el inciso segundo. En efecto, de los antecedentes de la ley y de su texto se aprecia que la intención del legislador fue la de que toda entidad dedicada a la prestación de servicios públicos domiciliarios que no se constituya o transforme en sociedad por acciones, tiene que adoptar la forma de empresa industrial y comercial del Estado con todas las implicaciones que de ello se sigan; entre otras, las de que a sus empleados se les debe dar el tratamiento de trabajadores oficiales, concepto incompatible con el de que pueda tenérseles como empleados públicos; esto por cuando el inciso primero del artículo 5° del Decreto 3135 de 1968 reserva esta calidad a quienes presten sus servicios a los ministerios, departamentos administrativos y establecimientos públicos.

Esta interpretación tiene su fundamento, en parte, en el inciso primero del artículo 26 del Código Civil que consagra: "Los jueces y los funcionarios públicos, en la aplicación de las leyes a los casos particulares y en los negocios administrativos, las interpretan por vía de doctrina, en busca de su verdadero sentido, así como los particulares emplean su propio criterio para acomodar las determinaciones generales de la ley a sus hechos e intereses peculiares".

Lo anterior se complementa con los establecido por el inciso segundo del artículo 27 del mismo Código que prescribe:

> "Pero bien se puede para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestado en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento".

Además, el artículo 30 del C. C. dispone al respecto:

> "El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía.
>
> Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto".

Por último la Sala en reciente consulta, conceptuó:

"Sin embargo, si los propietarios de la nueva empresa de generación con carácter de sociedad de economía mixta, no deseen que su capital esté representado por acciones, debe adoptar la forma de empresa industrial y comercial del Estado y en consecuencia el régimen laboral aplicable será el que corresponde a estas últimas, según el artículo 5° del Decreto 3135 de 1968, en donde tienen el carácter de trabajadores oficiales, con la salvedad de que los estatutos de la entidad podrán determinar que actividades de dirección o confianza deben ser desempañadas por personas que tengan calidad de empleados públicos".

En consecuencia, la normatividad contenida en el artículo 41 de la Ley 142 de 1994 debe entenderse referida en lo pertinente al inciso segundo del artículo 5° del Decreto 3135 de 1968.

IV. REGIMEN TRIBUTARIO

A. Fundamentos legales

1. El artículo 24 de la Ley 142 de 1994 dispone: "Todas las entidades prestadoras de servicios públicos están sujetas al régimen tributario nacional y de las entidades territoriales, pero se observarán estas reglas especiales: "...2 por un período de siete años exímase a las empresas de servicios públicos domiciliarios del orden municipal, sean ellas de naturaleza privada, oficial o mixta, del pago de impuestos de rentas y complementarios sobre las utilidades que se capitalicen o que se constituyan en reservas para la rehabilitación, extensión y reposición de los sistemas".

B. Consideraciones

La Ley 142 de 1994 o Estatuto de los Servicios Públicos Domiciliarios que regula la prestación de dichos servicios, no establece ninguna limitación consistente en que las empresas prestatarias del servicio tengan que desarrollar su actividad en una determinada extensión territorial, aunque el municipio sea la entidad de orden local que organice la prestación de servicios públicos, y corresponda a la Nación y a los departamentos apoyarlos en su objetivo atendiendo la organización de la prestación de los servicios complementarios (artículos 5°, 6° y 7°. Ley 142 de 1994.)

Así mismo, por la mencionada ley se faculta a la Nación, a los departamentos y a los municipios, así como a sus entidades descentralizadas para que participen en tales empresas de servicios públicos (artículo 27 *ibidem);* esta facultad se extiende a "las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional" (artículos 15-16), caso en el cual deben adoptar la forma de empresa industrial y comercial del Estado, en los términos y condiciones que se determinan en la misma ley.

Dentro de este contexto, por un período de siete años, a las empresas de servicios públicos domiciliarios de orden municipal, privadas o mixtas, del pago del impuesto de renta y complementarios sobre las utilidades obtenidas que se capitalicen.

Es clara la norma en cuanto que los beneficiados con la exención son las empresas de servicios públicos, privados o mixtas del orden municipal, comprendiendo entre estas a las sociedades por acciones.

Por tanto, cuando se trata de sociedades por acciones, su pertenencia a un orden territorial lo determine el acto de su constitución, para lo cual se tiene en cuenta además el ámbito en el cual presta los servicios públicos.

En un mismo orden de ideas debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 4° del Decreto 3130 de 1968, según el cual las personas jurídicas en las cuales participen la Nación y entidades descentralizadas o por servicios, asociadas entre ellas o con particulares, deberán precisar en el acto de constitución, su pertenencia al orden nacional, departamental o municipal; lo mismo se estatuye en dicha norma, para la eventualidad en que la Nación o los organismos descentralizados adquieren derechos o acciones en entidades que hasta ese momento tenían el carácter de personas jurídicas de derecho privado, en cuyo caso se deberá proceder a efectuar las reformas estatutarias para definir el orden al cual pertenecen.

Por todo lo anterior, se concluye que "el orden municipal" de las empresas de servicios, beneficiadas con el citado régimen tributario previsto por el artículo 24 numeral 2, no se refiere al ámbito en el que se presta el servicio, sino al orden territorial que haya sido definido en el acto de creación o constitución de la empresa respectiva.

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto,

LA SALA RESPONDE:

1. El régimen aplicable en la celebración de contratos cuyo objeto sea la prestación de servicios por parte de las personas prestadoras de servicios públicos, es el del derecho privado, con las salvedades que dispone la Ley 142 de 1994, respecto del contrato de concesión en cuya celebración puede acogerse a lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 en los términos y condiciones analizados.

2. La remisión hecha por el artículo 41 de la Ley 142 de 1994 debe entenderse formulada respecto del inciso segundo del artículo 5° del Decreto-ley 3135 de 1968 y no del primero, como equivocadamente aparecen en el texto legal.

3. El orden municipal de las empresas de servicios públicos domiciliarios, beneficiarias del régimen de exención tributario por siete años, según el artículo 24.2 de la Ley 142 de 1994, se determina conforme disponga el acto de creación, para las oficiales o mixtas, o lo exprese el objeto social de la empresa privada.

Transcríbase en sendas copias auténticas a los señores Ministro de Desarrollo Económico y Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

Roberto Suárez Franco, Presidente de la Sala; *Javier Henao Hidrón, César Hoyos Salazar, Luis Camilo Osorio Isaza.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

CONSULTA NUMERO 705

(25 de julio de 1995)

CONTRALOR DE SANTA FE DE BOGOTA - Prima técnica / PERSONERO DE SANTA FE DE BOGOTA - Prima técnica.

Las primas técnicas correspondiente al contralor y al personero de Santa Fe de Bogotá, son las establecidas en los Acuerdos 16 y 34 de 1993, cuyo monto equivale al cincuenta por ciento (50%) de la asignación básica y los gastos de representación. Las Primas técnicas para el contralor y el personero distritales no pueden ser igualadas automáticamente, haciendo una aplicación extensiva de lo dispuesto por la Ley 136 de 1994 respecto de sueldo y gastos de representación, con la prima técnica prescrita para el alcalde mayor.

Autorizada su publicación el 4 de agosto de 1995.

Santa Fe de Bogotá, D. C., veinticinco (25) de julio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Javier Henao Hidrón*

Radicación número 705.

Referencia: Consulta sobre el monto de la prima técnica correspondiente al contralor y al personero del Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá.

El señor Ministro de Gobierno, doctor Horacio Serpa Uribe, manifiesta que a solicitud del alcalde mayor de Santa Fe de Bogotá, D. C., desea conocer el concepto de la Sala en relación con el derecho a prima técnica del señor contralor y del señor personero de esta ciudad.

Dice así el señor Ministro:

"1. El Acuerdo 16 del 9 de noviembre de 1993, artículo 54 y el Acuerdo 34 del 20 de diciembre de 1993, artículo 26, reglamentaron el monto de la prima técnica correspondiente a los funcionarios de la contraloría y la personería respectivamente, en un 50% de la asignación básica y los gastos de representación.

2. El Acuerdo 37 de 1993, artículo 6°, reglamentó el monto de la prima técnica correspondiente al alcalde mayor en un 80% , tomando como base para su cálculo el tope máximo devengado según la ley y los decretos reglamentarios.

3. El Acuerdo 1° de 1995 determinó que la remuneración para el cargo de alcalde mayor, personero y contralor de Santa Fe de Bogotá, será el máximo establecido por la Ley 136 de 1994.

4. La Ley 136 de 1994 en su artículo 87 se refiere a los salarios y prestaciones de los alcaldes estableciéndolos para los municipios de categoría especial, como es el caso de Santa Fe de Bogotá, entre 20 y 25 salarios mínimos legales mensuales. Estos valores, conforme al artículo 88 de la misma ley, corresponden tanto a sueldo básico como a gastos de representación.

La Ley 136 de 1994 regula en los artículos 159 y 177 la asignación correspondiente para los cargos de contralor y personero respectivamente, disponiéndose que en los municipios y distritos de categoría especial será igual al 100% del salario mensual aprobado por el Concejo para el alcalde.

Debe aplicarse en cuanto al monto de las primas técnicas para el contralor y el personero de Santa Fe de Bogotá lo dispuesto en los Acuerdos 16 y 34 de 1993, o sea el 50% sobre la asignación básica y los gastos de representación; o, el 80% según lo dispuesto en el artículo 6° del Acuerdo 37 de 1993, igualándolas con la del alcalde mayor?"

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE:

1. **Fundamentos constitucionales**

Disponía la Constitución de 1886 que era atribución del Congreso determinar, por medio de leyes, la estructura de la administración nacional, fijar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleo, así como el régimen de sus prestaciones sociales (artículo 76 numeral 9° versión 1968).

La nueva Carta Política, expedida en 1991, prescribe que es función del Congreso que ejercerá por medio de leyes dictar las normas generales y señalar en ellas los objetivos y criterios de los cuales debe sujetarse el Gobierno para "fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública", así como para "regular el régimen de prestaciones sociales mínimo de los trabajadores oficiales". Agrega, haciendo énfasis en la competencia que atribuye en materia de prestaciones sociales, que dichas funciones "son indelegables en las corporaciones públicas territoriales y éstas no podrán arrogárselas" (artículo 150, numeral 19, letras e) y f)).

Con la finalidad de dar cumplimiento al propósito constitucional enunciado, fue dictada la Ley 4ª de 1992. A ella remite el estatuto orgánico de Bogotá, en cuanto prescribe que "rigirán en el distrito y sus entidades descentralizadas las disposiciones

que se dicten en desarrollo del artículo 12 de la Ley 4ª de 1992", de conformidad con el cual el régimen prestacional de los servidores públicos de las entidades territoriales será fijado con base en las respectivas normas, criterios y objetivos, por el Gobierno Nacional, el que también señalará el límite máximo salarial de estos servidores guardando equivalencias con cargos similares en el orden nacional (Decreto-ley 1421 de 1993, art. 129).

2. **Los conceptos de sueldo y de salario**

El Decreto-ley 1042 de 1978, aplicable al sector público, dispone que además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios. En este sentido, son factores de salario:

a) Los gastos por antigüedad a que se refieren los artículos 49 y 97 de este decreto;

b) Los gastos de representación;

c) La prima técnica;

d) El auxilio de transporte;

e) El auxilio de alimentación;

f) La prima de servicio;

g) La bonificación por servicios prestados;

h) Los viáticos percibidos por los funcionarios en comisión (artículo 42).

De manera que mientras el sueldo es una noción restringida que coincide con la asignación básica fijada por la ley para los diversos cargos de la administración pública, el salario es una noción amplia que comprende todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios, tales como gastos de representación, primas, bonificaciones y viáticos.

Es que desde la expedición de la Ley 83 de 1931 el pago de los servicios de los empleados públicos se llama **sueldo** y se paga por períodos iguales vencidos y sin que sobrepase el mes calendario.

3. **Salarios y prestaciones sociales de alcaldes, contralores y personeros distritales y municipales**

La Ley 136 de 1994, por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios, establece como principio general que los salarios y prestaciones sociales de los alcaldes, contralores y personeros

distritales o municipales se pagarán con cargo a los respectivos presupuestos distritales o municipales. Luego determina los criterios para que los concejos señalen las **asignaciones** de los alcaldes, de acuerdo con la categorización de los municipios, y puntualiza que el término asignaciones comprende tanto el salario básico como los gastos de representación, si hubiere lugar a ellos. Por último, iguala la asignación mensual de los contralores y personeros, en los municipios de categoría especial, primera y segunda con el salario mensual aprobado por el concejo para el alcalde (artículos 87, 88, 159, 177 y 194).

Dedúcese, pues, que la igualdad establecida por la ley entre los alcaldes, contralores y personeros distritales o municipales se predica de sus asignaciones y que éstas corresponden tanto a salario básico (sueldo) como a gastos de representación, sin que el régimen de paridad pueda hacerse extensivo a otros factores.

4. **El régimen de prima técnica**

El Presidente de la República, que por medio de la Ley 60 de 1990 había sido revestido de facultades extraordinarias en relación con los empleos del sector público del orden nacional, entre ellas la de "modificar el régimen de la prima técnica, para que además de los criterios existentes en la legislación actual, se permita su pago ligado a la evaluación de desempeño y sin que constituya factor salarial", con aptitud para determinar el campo y la temporalidad de su aplicación, y el procedimiento, requisitos y criterios para su asignación, expidió el Decreto 1661 de 1991, en el cual son derogados expresamente los artículos 52 y 57 del Decreto-ley 1042 de 1978, los Decretos-leyes 189 de 1982, 37 de 1989, 063 de 1990, y las demás disposiciones que le sean contrarias, con excepción de los Decretos-leyes 1016 y 1624 de 1991 que establecen la prima técnica para determinados funcionarios de la rama judicial y ejecutiva, de los órganos de control y de la organización electoral.

En el mencionado decreto, la prima técnica es concebida como un reconocimiento económico par atraer o mantener en el servicio del Estado a funcionarios o empleados altamente calificados que se requieran para el desempeño de cargos cuyas funciones demanden la aplicación de conocimientos técnicos o científicos especializados o la realización de labores de dirección o de especial responsabilidad, de acuerdo con las necesidades específicas de cada organismo; así mismo, será un reconocimiento al desempeño en el cargo. En este último evento, la primera técnica no constituirá factor salarial, por considerarse un estímulo a la tarea cumplida por el empleado.

Par tener derecho al disfrute de la prima técnica por la aplicación de conocimientos técnicos o científicos o la realización de labores de dirección o de especial responsabilidad, se requiere estar desempeñando un cargo en los niveles profesional, ejecutivo, asesor o directivo, mientras que si su reconocimiento se hace con base en la evaluación del desempeño podrá asignarse en todos los niveles. En el primer supuesto, es necesario que se excedan los requisitos establecidos para el cargo que desempeñe el funcionario y que se acredite título de estudios de formación avanzada y

experiencia calificada en el ejercicio profesional o en la investigación técnica o científica en áreas relacionadas con las funciones propias del cargo durante un término no menor de tres (3) años, o –si se carece de título de estudios de formación avanzada– experiencia altamente calificada en el ejercicio profesional o en la investigación técnica o científica en áreas relacionadas con las funciones propias del cargo durante un término no menor de seis (6) años.

Otorgada por el jefe del organismo respectivo como un porcentaje de la asignación mensual que corresponda al empleo del funcionario a quien se asigna, **no podrá ser superior al cincuenta por ciento (50%) de la misma.** Su valor, por consiguiente, se reajustará en la misma proporción en que varíe la asignación básica mensual del funcionario o empleado.

Dado que la prima técnica es un factor retributivo inherente a la persona que desempeña el cargo, siendo su finalidad la de reconocer el nivel de formación técnica o científica de personas que desempeñan empleos cuyas funciones requieran la aplicación de conocimientos altamente especializados, o la realización de labores de dirección o de especial responsabilidad, o el estímulo surgido de la evaluación en el desempeño del cargo, se perderá por el retiro del funcionario o empleado de la entidad en la cual presta sus servicios, o cuando cesen los motivos por los cuales se asignó con base en la evaluación del desempeño.

Para el nivel municipal, la prima técnica está regulada por el artículo 184 de la Ley 136 de 1994, en los términos siguientes:

> "Mediante acuerdo los concejos municipales podrán facultar a los alcaldes para que, en casos excepcionales hagan reconocimiento y pago de primas técnicas a los servidores municipales altamente calificados que requieran para el desempeño de cargo cuyas funciones demanden la aplicación de conocimientos técnicos, científicos o especializados".

La Sala estima que la prima técnica podrá otorgarse en los municipios con sujeción a estos criterios:

a) La existencia de acuerdo del consejo por medio del cual se autorice al alcalde para que, en casos excepcionales, haga el reconocimiento y pago de primas técnicas a los servidores municipales altamente calificados que se requieran para el desempeño de cargos cuyas funciones demanden la aplicación de conocimientos técnicos, científicos o especializados;

b) La expedición por el alcalde de un reglamento en el cual la concesión de la prima técnica se condicione a la acreditación de estudios y experiencia de carácter excepcional que posea el titular del empleo, evento en el cual constituye factor salarial. El reglamento podrá tener en cuenta los criterios que para el otorgamiento de la prima técnica, establece el artículo 2° del Decreto-ley 1661 de 1991;

c) La limitación del porcentaje, que en ningún caso podrá superar el cincuenta por ciento (50%) de la asignación básica mensual que devengue el funcionario;

d) La consideración de que sólo puede disfrutarse de una (1) prima técnica, que ésta es compatible con el derecho a percibir gastos de representación y que únicamente podrá otorgarse previa la expedición del respectivo certificado de disponibilidad presupuestal.

5. **La prima técnica en el distrito capital**

Invocando como fundamento jurídico el Decreto-ley 1421 de 1993 (estatuto orgánico del distrito capital), el consejo de Santa Fe de Bogotá, por medio del Acuerdo 16 de 1993 no solamente organizó la Contraloría Distrital sino que facultó al contralor para reglamentar el reconocimiento de prima técnica a los funcionarios de su dependencia de los niveles directivo, ejecutivo y profesional sin que en ningún caso supere el 50% de la asignación básica y los gastos de representación (artículo 54). De igual modo, mediante el Acuerdo 34 del mismo año, organizó la Personería Distrital y facultó al personero para reconocer prima técnica a los funcionarios de su dependencia de los niveles directivo, ejecutivo y profesional sin que pudiera superar el 50% de la asignación básica más los gastos de representación (artículo vigésimo sexto).

Los respectivos reglamentos fueron expedidos mediante las Resoluciones 1626 y 048, ambas de 1993, proferidas por los señores contralor y personero distritales, respectivamente.

El Consejo Distrital, además, en el artículo 6° del Acuerdo 37 de 1993 ordena el reconocimiento y pago de una prima técnica del 80% para el cargo de alcalde mayor, tomando como base para su cálculo el tope máximo devengado según la ley y los decretos reglamentarios; simultáneamente autoriza al alcalde para reconocer una prima técnica hasta el 50% para los niveles directivo y ejecutivo y hasta el 40% para el nivel profesional de la administración central, tomando como base para su cálculo la asignación básica mensual. Sin embargo, en contra de la ley el citado artículo excede, respecto del alcalde, el porcentaje máximo establecido para la prima técnica.

6. **Conclusiones**

Como consecuencia de la consideración expuesta, para la Sala resulta claro que las primas técnicas correspondientes al contralor y al personero de Santa Fe de Bogotá, son las establecidas en los acuerdos 16 y 34 de 1993, cuyo monto equivale al cincuenta por ciento (50%) de la asignación básica y los gastos de representación.

Las primas técnicas para el contralor y el personero distritales no pueden ser igualadas automáticamente, haciendo una aplicación extensiva de lo dispuesto por la Ley 136 de 1994 respecto de sueldo y gastos de representación, con la prima técnica prescrita para el alcalde mayor.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a los señores Ministro de Gobierno y Secretario Jurídico de la Presidencia de la República (C. C. A., art. 112).

Roberto Suárez Franco, Presidente de la Sala; *Javier Henao Hidrón, César Hoyos Salazar, Luis Camilo Osorio Isaza.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

No deben confundirse los reglamentos internos de las diferentes entidades, a cuyo respecto alguna participación se puede otorgar a los trabajadores, siempre que no se contraríe los principios sustantivos y procesales establecidos en las disposiciones superiores –en este caso, la Ley 200 de 1995–, con la facultad soberana del Estado de procurar el bien común y garantizar el orden público por medio de las leyes.

La Ley 200 de 1995 establece como faltas disciplinarais el incumplimiento de los deberes, el abuso o extralimitación de los derechos y funciones, la incursión en prohibiciones, impedimentos, inhabilidades y conflictos de intereses (art. 38 ibidem).

Entre los deberes incluye el cumplimiento de los reglamentos; luego estos tienen cabida en la ley, y su observancia es obligatoria como uno de los aspectos del régimen disciplinario, sin embargo, no pueden regular, ni limitar el derecho de castigar disciplinariamente, porque ésta es una función esencial del Estado.

En lo referente a este punto la Corte Constitucional en el pronunciamiento aludido, expresó:

> "En lo que concierne al Estado no podría alcanzar sus fines si careciera de un sistema jurídica enderezado a regular el comportamiento disciplinario de su personal, fijando los deberes y obligaciones de quienes lo integran, las faltas, las sanciones correspondientes y los procedimientos aplicables" (Sentencia C-417/93).

LAS CONVENCIONES COLECTIVAS

La convención colectiva es un convenio destinado a "fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia" (art. 467 C.S.T.) y a este respecto se señala que la expresión "contrato colectivo" ha venido a reemplazar las de convención y pacto colectivo, cuando se refiere a los contratos celebrados con todas o la mayor parte de las empresas de un determinado ramo económico.

La convención colectiva, entonces, es un acuerdo entre partes para regular sus relaciones laborales que no puede oponerse a la facultad del Estado consagrada en la Constitución Política, por medio de la ley y con carácter general, donde se determina la forma como los servidores públicos deben cumplir las funciones y responder por sus omisiones o extralimitaciones, desarrollando los preceptos superiores que constan en los artículos 6°, 123 y 124 de la Constitución.

CONSULTA NUMERO 720

(7 de agosto de 1995)

LEY DE SEGURIDAD SOCIAL - Excepciones a su aplicación.

Por el inciso 2° del artículo 11 de la Ley 100 de 1993 se entiende el campo de aplicación del sistema a todos los habitantes del territorio nacional con las excepciones previstas en el artículo 279 ibidem. Pero agrega el inciso 2° de la misma norma que se respetarán y mantendrán su vigencia "los derechos adquiridos conforme a disposiciones normativas anteriores, pacto o convención colectiva de trabajo". Están expresamente excluidos de la aplicación de la Ley 100, según el precitado artículo 279, los miembros de las fuerzas militares y de policía nacional, el personal civil de las fuerzas armadas y de policía vinculado antes del 23 de diciembre de 1993, los afiliados al fondo de prestaciones sociales del magisterio, las empresas en concordato con régimen pensional convenido antes de diciembre 23 de 1993, los trabajadores de Ecopetrol y los miembros no remunerados de corporaciones públicas.

Autorizadas su publicación con oficio número 476 del 27 de septiembre de 1995.

EMPLEADO DEPARTAMENTAL - Aplicación de la ley de seguridad social/ EMPLEADO DISTRITAL - Aplicación de la ley de seguridad social / LEY DE SEGURIDAD SOCIAL - Vigencia.

El sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, entró a regir a partir del 1° de abril de 1994. Sin embargo, su funcionamiento se pospuso, para los servidores públicos del nivel departamental, distrital, y municipal, hasta el 30 de junio de 1995. (Artículo 151 ibidem y 2° del Decreto 1296 de 1994).

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD - EPS / SERVICIO DE SALUD - Empresas Sociales del Estado / EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO - Naturaleza.

Según el estatuto de seguridad social existen varios tipos de entidades promotoras de salud (artículo 181); se ordena además que la prestación

de servicios de salud en forma directa por la Nación o por las entidades territoriales, se hará principalmente a través de las empresas sociales del Estado, que son una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la ley o por las asambleas o los concejos, según el caso y sometidas al régimen jurídico previsto en el capítulo II (artículo 194 de la Ley 100 de 1993).

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - Cotización obligatoria.

La cotización obligatoria que se aplica a los afiliados, según el artículo 204 ibidem, será máximo del 12 del salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. Dos terceras partes de la cotización estarán a cargo del empleador y una tercera parte a cargo del trabajador. Agrega la norma, en el parágrafo 1, que "la base de cotización de las personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, afiliados obligatorios al sistema general de seguridad social en salud, será la misma contemplada en el sistema general de pensiones de esta ley". Más adelante, el artículo 210 dispone que ningún empleador del sector público o privado está excento de pagar su respectivo aporte al sistema general de seguridad social en salud.

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - Cobertura / SERVICIO DE SALUD - Principio de obligatoriedad.

La afiliación al sistema de seguridad social, en cuanto a la prestación del servicio de salud se refiere, es obligatoria para todos los habitantes de Colombia, según lo ordenan especialmente los artículos 153 numeral 2, 204, y 210 parágrafo de la Ley 100 de 1993 y lo reitera el artículo 31 del Decreto 1919 de 1994.

NOTA DE RELATORIA: Reitera el concepto 711 del 9 de agosto de 1995.

LEY DE SEGURIDAD SOCIAL - Aplicación.

Dentro de la misma Ley 100 se consagra la exclusividad normativa del sistema de seguridad social integral (artículo 283 ibidem). Se ocupa igualmente de la regulación de las convenciones relativas a la seguridad social, de acuerdo con estos criterios: a) Se respetan las normas convencionales existentes al entrar en vigencia la ley, así como los derechos adquiridos con fundamento en convenciones, pactos o laudos vigentes. Sin embargo, las mismas deberán armonizarse con las disposiciones de la ley de seguridad social; b) Las normas convencionales relativas a la seguridad social que establezcan condiciones diferentes a las establecidas en la Ley 100, deberán contar con los recursos respectivos

para su garantía en la forma como lo acuerden empresarios y trabajadores. Las convenciones colectivas anteriores a la vigencia de la Ley 100 de 1993 que contrarían su sistema de pensiones y de salud son susceptibles de denunciarse y someterse a tribunal de arbitramiento, si hay lugar a éste, para ajustar sus disposiciones al nuevo régimen de seguridad social, pero desde luego respetando los derechos adquiridos por los servidores públicos.

ENTIDAD TERRITORIAL - Obligación en salud / LEY DE SEGURIDAD SOCIAL - Aplicación / LEY DE SEGURIDAD SOCIAL - Plazo para afiliación entidades territoriales.

Es obligatorio para todas las entidades territoriales y de consiguiente para el municipio de Medellín, adoptar su estructura en materia de pensiones así como de salud, a lo dispuesto en la Ley 100 de 1993; no puede por tanto exonerarse dicho municipio de afiliar a sus servidores al nuevo sistema de seguridad social. El sistema general de pensiones para los servidores públicos del nivel municipal entró en vigencia el 30 de junio de 1995 de conformidad con el artículo 151 de la Ley 100 de 1993 artículo 2° Decreto 1296 de 1994. En consecuencia, a partir de esta fecha rigen los porcentajes de cotización para pensión, a cargo de los municipios, salvo que la respectiva autoridad gubernamental hubiese fijado una fecha anterior. El sistema general de seguridad social en salud, está vigente desde el 23 de diciembre de 1993 (fecha de vigencia de la Ley 100 de 1993); sin embargo, se otorga el plazo adicional de un año para que entren a funcionar las entidades y elementos que integran dicho sistema. De esta manera la afiliación de cotizaciones para salud debieron iniciarse a más tardar el 23 de diciembre de 1994.

PENSION DE JUBILACION EMPLEADO TERRITORIAL - Tránsito de legislación.

Los servidores públicos vinculados laboralmente a las entidades territoriales, que hubieren cumplido los requisitos exigidos por las disposiciones legales o convencionales en materia de pensión de jubilación y se hallaban vigentes al entrar a regir la Ley 100 de 1993, conservan el derecho a obtener su pensión de jubilación en los términos de dichas disposiciones. El inciso segundo del artículo 146 de la Ley 100 de 1993 agrega que también tendrá derecho a pensionarse con arreglo a disposiciones departamentales o municipales, "quienes con anterioridad a la vigencia de este artículo hayan cumplido o cumplan dentro de los años siguientes, los requisitos exigidos en dichas normas". No obstante, la norma transcrita consagra una extraña excepción frente a las normas constitucionales que rigen el sistema pensional.

Consejero Ponente: *Roberto Suárez Franco.*

Santa Fe de Bogotá, D.C., siete (7) de septiembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Radicación número 720.

Referencia: Consulta del Ministerio del Interior relacionada con la aplicabilidad o exclusión de la Ley 100 de 1993 para el municipio de Medellón.

Se absuelve la consulta que el señor Ministro del Interior, doctor Horacio Serpa Uribe formula a la Sala en los siguientes términos textuales:

"1. ¿Es obligatorio para los entes territoriales y específícamente para el municipio de Medellín, adaptar su estructura tanto en materia de pensiones como de salud, o existe alguna disposición que le permita al municipio excluirse de afiliar obligatoriamente a los servidores al nuevo sistema de seguridad social?

2. Los porcentajes de cotización a cargo del municipio y a cargo de los servidores públicos rigen a partir de qué fechas, tanto en materia pensional como en materia de salud? (Los servidores del municipio de Medellín, nunca hasta la fecha, han cotizado a la seguridad social ya que el municipio ha venido asumiendo directamente las prestaciones de seguridad social).

3. ¿Cuáles servidores conservan el derecho a jubilarse conforme a las normas legales o convencionales vigentes hasta antes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993?

4. ¿Qué plazo tiene el municipio de Medellín para acogerse a la Ley 100 de 1993 tanto en pensiones como en salud?

5. ¿Cuál es el procedimiento para adaptar las cláusulas de la convención colectiva de trabajo a las normas establecidas en la Ley 100?

I. ANTECEDENTES GENERALES

1. La Constitución Política considera a la seguridad social como un servicio público, de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad todo conforme a los términos que establezca la ley (artículo 48 inciso 1°).

La seguridad social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, pero en todo caso los recursos provenientes de las instituciones que presten este servicio público no podrán ser destinados ni utilizados para fine distintos a ella (artículo 48 ibidem).

2. El artículo 53 de la Constitución impone al Congreso la obligación de expedir el estatuto del trabajo mediante la ley correspondiente; para tal efecto, según la misma

norma, se deberán tener en cuenta un conjunto de principios mínimos fundamentales entre los que se menciona el de "la garantía a la seguridad social".

Este ordenamiento encuentra su desarrollo en la Ley 100 de 1993, por la cual se crea el sistema de seguridad social integral, en cuyo preámbulo se prescribe:

"La Seguridad Social Integral es el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que dispone la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad.

"El sistema de seguridad social integral comprende las obligaciones del Estado y la sociedad, las instituciones y los recursos destinados a garantizar la cobertura de las prestaciones de carácter económico, de salud y servicios complementarios, materia de esta ley, u otras que se incorporen normativamente en el futuro" (artículo 1° inciso 2° Ley 100 de 1993).

3. Por otra parte y según el artículo 123 de la Carta son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

El sistema de seguridad social integral reglamentado por la Ley 100 de 1993, y para este efecto, se desarrolla en un título preliminar y tres partes, dos de las cuales se refieren al sistema general de pensiones, y al sistema de seguridad social en salud.

II. LA SEGURIDAD SOCIAL Y EL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES.

1. ANTECEDENTES

Respecto al sistema general de pensiones se deben tener en cuenta para efectos de los temas consultados las siguientes disposiciones:

1.1 Por el inciso 1° del artículo 11 de la Ley 100 de 1993 se entiende el campo de aplicación del sistema a todos los habitantes del territorio nacional con las excepciones previstas por el artículo 279 ibidem. Pero agrega el inciso 2° de la misma norma que se respetarán y mantendrán su vigencia "los derechos adquiridos conforme a disposiciones normativas anteriores pacto o convención colectiva de trabajo".

Están expresamente excluidos de la aplicación de la Ley 100, según el precitado artículo 279, los miembros de las fuerzas militares y de policía nacional, el personal civil de las fuerzas armadas y de policía vinculados antes del 23 de diciembre de 1993, los afiliados al fondo de prestaciones sociales del magisterio, las empresas en concordato con régimen pensional convenido antes de diciembre 23 de 1993, los trabajadores de Ecopetrol y los miembros no remunerados de corporaciones públicas.

1.2 La afiliación al sistema pensional es obligatoria y voluntaria.

Son afiliados obligatorios los trabajadores dependientes, los servidores públicos y los grupos de población subsidiados. El grupo de afiliados voluntarios está conformado por los trabajadores independientes, los colombianos domiciliados en el exterior y los extranjeros que no tengan cobertura en otro país (artículo 15 ibidem).

1.3 Dispone por su parte el artículo 17 de la misma Ley 100 la obligatoriedad por parte de afiliados y empleadores de efectuar las cotizaciones a los regímenes del sistema de pensiones, con base en el salario que devenguen los afiliados.

Los empleadores pagarán el 75% de la cotización total y los trabajadores el 25% restante (artículo 20 ibidem). De todas formas el empleador es responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio; para lo cual,

> "...descontará del salario de cada afiliado, al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado, y trasladará estas sumas a la entidad elegida por el trabajador, junto con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos que para el efecto determine el Gobierno.
>
> El empleador responderá por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiese efectuado el descuento al trabajador" (artículo 22 Ley 100 de 1993).

1.4. Según el artículo 36 inciso 6°.

> "Quienes a la fecha de vigencia de la presente ley hubiesen cumplido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez conforme a normas favorables anteriores, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento, tendrán, derecho, en desarrollo de los derechos adquiridos, a que se les reconozca y liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes al momento en que cumplieron tales requisitos".

1.5. La ley en mención "prohíbe la creación de nuevas cajas, fondos o entidades de previsión o de seguridad social del sector público, de cualquier orden nacional o territorial, diferente a aquellas que de conformidad con lo previsto en la presente ley, se constituyan como entidades promotoras o prestadoras de servicios de salud" (artículo 129).

1.6. Igualmente, se dispone por el artículo 146 *ibidem* que:

> "Las situaciones jurídicas de carácter individual definidas con anterioridad a la presente ley, con base en disposiciones municipales o departamentales en materia de pensiones de jubilación extralegales en favor de empleados o servidores públicos o personas vinculadas laboralmente a las entidades territoriales o a sus organismos descentralizados, continuarán vigentes.
>
> **También tendrán derecho** a pensionarse con arreglo a tales disposiciones, **quienes con anterioridad** a la vigencia de este artículo, hayan cumplido o

cumplan dentro de los dos años siguientes los requisitos exigidos en dichas normas...".

1.7. El artículo 289 de la Ley 100 de 1993 sobre vigencias y derogatorias, establece:

"La presente ley rige a partir de la fecha de su publicación, salvaguarda los derechos adquiridos y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, en especial el artículo 2° de la Ley 4ª de 1966, el artículo 5° de la Ley 33 de 1985, el parágrafo del artículo 7° de la Ley 71 de 1988, los artículos 260, 268, 269, 270, 271 y 272 del Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que los modifiquen o adicionen".

1.8. Finalmente, el sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, entró a regir a partir del 1° de abril de 1994. Sin embargo su funcionamiento se pospuso, para los servidores públicos del nivel departamental, distrital y municipal, hasta el 30 de junio de 1995 (artículo 151 *ibidem* y 2° del Decreto 1296 de 1994).

2. CONSIDERACIONES:

Por expresa disposición constitucional la seguridad social es un servicio público esencial sujeto al principio de universalidad como garantía de protección a todas las personas, sin discriminación alguna. Comprende el sistema general de pensiones, el de salud y el de riesgos profesionales.

El sistema general de pensiones, aplicable a todos los habitantes de territorio nacional con las excepciones previstas por el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, tiene afiliados obligatorios y afiliados voluntarios.

Entre los afiliados obligatorios el artículo 15 menciona expresamente los servidores públicos, es decir, los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios (artículo 123 de la Constitución).

En este orden de ideas resulta que los trabajadores y empleados del municipio de Medellín son servidores públicos; por tanto están sujetos al sistema general de pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993 y, además por cuanto no se hayan excluidos por el artículo 279 de la misma ley ni por otra norma legal.

El sistema general de pensiones empezó a regir el 1° de abril de 1994, sin embargo, para los servidores públicos a nivel departamental, municipal y distrital, su vigencia se fijó a partir del 30 de junio de 1995. Por tanto, la obligatoriedad de cotizar para el régimen correspondiente de dicho sistema por parte de afiliados y empleados, rige a partir de esta última fecha.

Las cotizaciones del empleador y de los afiliados se deberán trasladar a la entidad escogida por el trabajador, dentro de los diez (10) primeros días del mes siguiente a aquel objeto de las mismas (artículo 27 Decreto 692 de 1994).

Los servidores públicos cotizarán sobre los factores salariales que para el efecto determine el Gobierno Nacional (artículo 20 ibidem).

Ahora bien, en materia de pensiones la ley respeta los derechos de los trabajadores, adquiridos conforme a las disposiciones normativas, pacto convención colectiva anteriores a ella. Consecuencialmente las situaciones jurídicas individuales consolidadas con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993 y con fundamento en disposiciones municipales o departamentales en materia de pensiones de jubilación en favor de empleados o servidores públicos de las entidades territoriales, mantienen su vigencia. Igualmente el derecho a pensionarse se extiende por la ley de seguridad, a quienes hubieren cumplido o cumplan con los requisitos exigidos en las disposiciones mencionadas para tal efecto dentro de los dos años siguientes a la vigencia de la ley.

III. SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD.

1. ANTECEDENTES

En atención a lo preceptuado por el artículo 49 de la Constitución corresponde al Estado organizar y reglamentar la prestación de los servicios de salud a los habitantes, así como establecer las políticas para la prestación de los mismos por parte de entidades privadas.

1.1 La Ley 100 de 1993, respecto del sistema general de seguridad social en salud, desarrolla los fundamentos que lo rigen, determina su dirección, organización y funcionamiento, sus normas administrativas, financieras y de control y las obligaciones que se derivan de su aplicación.

Los objetivos de este sistema consisten en regular el servicio público esencial de salud y crear condiciones de acceso al mismo en toda la población y en todos los niveles de atención.

Entre los principios rectores del sistema en salud, se encuentran de la obligatoriedad y el de la libre escogencia. Según el primero es obligatoria la afiliación "para todos los habitantes de Colombia" y por ende corresponde efectuarla a todo empleador en relación con sus trabajadores el Estado la facilitará "a quienes carezca de vínculo con algún empleador o de capacidad de pago"; por el segundo se asegurará la libertad a los usuarios "en la escogencia entre las entidades promotoras de salud e instituciones prestadoras de servicios de salud, cuando ello sea posible según las condiciones de oferta de servicios" (artículo 153, numeral 4 ibidem).

La obligatoriedad de afiliación al sistema general de seguridad social en salud, se reitera en el artículo 153 literal b) de la misma ley; que fija y ordena la intervención del Estado, para "asegurar el carácter obligatorio de la seguridad social en salud y su naturaleza de derecho social para todos los habitantes de Colombia".

1.2 La afiliación obligatoria al sistema está sujeta al régimen contributivo o subsidiado. Al primero pertenecen las personas vinculadas laboralmente por relación de trabajo en los sectores público y privado, los afiliados al régimen subsidiado son las

personas sin capacidad de pago, al cual pertenecen la población más pobre del país (artículo 157).

1.3 El artículo 174 de la Ley 100 de 1993, que se refiere al desarrollo del sistema general de seguridad social en salud a nivel territorial, es de competencia de los departamentos, distritos y municipios de conformidad con lo dispuesto por la Ley 10 de 1990 y 60 de 1993 así como las funciones de dirección y organización de los servicios para garantizar la salud pública y la oferta de servicios por instituciones públicas mediante contratación de servicios o el otorgamiento de subsidios a la demanda.

Agrega la norma, que "para el ejercicio de sus competencias, las entidades territoriales se sujetarán a partir de la vigencia de esta ley, al servicio público de salud aquí regulado" (inciso 30 artículo 174).

1.4 Según el Estatuto de Seguridad Social existen varios tipos de entidades promotoras de salud (artículo 181); se ordena además que la prestación de servicios de salud en forma directa por la Nación o por las entidades territoriales, se hará principalmente a través de las empresas sociales del Estado, que son una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la ley o por las asambleas o los concejos, según el caso y sometidas al régimen jurídico previsto en el capítulo III del título II (artículo 194 ibidem).

Las entidades territoriales deberán disponer, dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de vigencia de dicha ley, la reestructuración, de las entidades descentralizadas cuyo objeto principal sea la prestación de servicios de salud, con el fin de adecuarlas a lo dispuesto en este capítulo (artículo 197).

1.5 La cotización obligatoria que se aplica a los afiliados, según artículo 204 ibidem, será máximo del 12% del salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. Dos terceras partes de la cotización estarán a cargo del empleador y una tercera parte a cargo del trabajador.

Agrega la norma, en el parágrafo 1°, que "la base de cotización, las personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, afiliados obligatorios al sistema general de seguridad social en salud, será la misma contemplada en el sistema general de pensiones de esta ley".

Más adelante, el artículo 210 dispone que ningún empleador del sector público o privado está a exento de pagar su respectivo aporte al sistema general de seguridad social en salud (parágrafo).

1.6 Para iniciar el funcionamiento del sistema general de seguridad social en salud con todas las entidades y elementos que lo conforman se fijó el plazo de un año, contado a partir de la entrada en vigencia de la ley; salvo los casos especiales previstos en la misma (artículo 234).

A pesar de lo anterior, ordena la ley que las obligaciones de afiliación y cotización consagradas en las leyes vigentes, serán exigibles, para empleadores y trabajadores durante el período de transición (artículo 235).

1.7 Por su parte, el artículo 236 ibidem dispone que las cajas, fondos, empresas y entidades del sector público de cualquier orden, que con anterioridad a la fecha de vigencia de la Ley 100 de 1993, presten servicios de salud o amparen a sus afiliados riesgos de enfermedad general y maternidad, tendrán dos años para transformarse en empresas promotoras de salud, adaptarse al nuevo sistema o para efectuar su liquidación, de acuerdo con la reglamentación que al respecto expida el Gobierno Nacional.

2. CONSIDERACIONES:

La afiliación al sistema de seguridad social, en cuanto a la prestación del servicio de salud se refiere, es obligatoria para todos los habitantes de Colombia, según lo ordenan especialmente los artículos 153 numerales 2, 204 y 210 parágrafo de la Ley 100 de 1993 y lo reitera el artículo 31 del Decreto 1919 de 1994.

Esta Sala, en concepto reciente expresó:

> "La obligación legal de afiliarse al sistema de seguridad en salud trae consigo la de pagar una cotización. Esta cotización puede ser pagada directamente por el afiliado o por éste y su empleador, o pagada con subsidio, total o parcial, proveniente de recursos fiscales o de solidaridad de que trata la ley".
>
> Y luego de la exposición normativa concluyó el concepto:
>
> "La ley no prevé, entonces, ninguna exención de pago de las cotizaciones o aportes obligatorios ni siquiera fundada en que el empleador presta de manera directa, al trabajador y su familia, los servicios de salud que por razón de la afiliación deben suministrar el Instituto de Seguros Sociales o las entidades promotoras de salud" (Concepto de agosto 9 de 1995. Radicación 711).

La afiliación y cotización obligatorios al sistema de seguridad social en salud, debe iniciarse durante el año siguiente a la vigencia de la Ley 100 de 1993 - (diciembre 23 de 1993)-; o sea la fecha límite es el 23 de diciembre de 1994; sin embargo, la afiliación y cotización vigentes a la fecha de entrar a regir dicha ley, son exigibles durante dicho lapso.

Pero además, debe tenerse en cuenta que las entidades territoriales se sujetan, a partir de la vigencia de la ley, al servicio público de salud regulado por la misma, en cuanto precisa las competencias territoriales las Leyes 60 de 1993 y 10 de 1990.

Ahora bien, la Ley 100 de 1993 expresa el respeto por los derechos adquiridos conforme a disposiciones normativas, pactos o convenciones colectivas, los que mantienen su vigencia.

Con el objeto de armonizar las convenciones o pactos de trabajo con las disposiciones de las Ley 100 de 1993, los trabajadores y empleadores podrán ejercer el derecho de denuncia que les asiste y el tribunal de arbitramento, si se llegare a convocar, tendrá la facultad de dirimir las controversias, aún cuando la denuncia solo hubiere sido presentada por una de las partes, de conformidad con lo previsto en el artículo 11 de dicha ley (artículo 48 Decreto 692 de 1994).

Dentro de la misma Ley 100 se consagra la exclusividad normativa del sistema de seguridad social integral (artículo 283 ibidem). Se ocupa igualmente de la regulación de las convenciones relativas a la seguridad social, de acuerdo con estos criterios:

a) Se respetan las normas convencionales existentes al entrar en vigencia la ley, así como los derechos adquiridos con fundamento en convenciones, pactos o laudos vigentes. Sin embargo, las mismas deberán armonizarse con las disposiciones de la ley de seguridad social;

b) Las normas convencionales relativas a la seguridad social que establezcan condiciones diferentes a las establecidas en la Ley 100, deberán contar con los recursos respectivos para su garantía en la forma como lo acuerden empresarios y trabajadores.

No obstante que la consulta no fue debidamente fundamentada, la Sala responde de acuerdo al texto de las preguntas formuladas, de la manera siguiente:

1. Es obligatorio para todas las entidades territoriales y de consiguiente para el municipio de Medellín, adaptar su estructura en materia de pensiones así como de salud, a lo dispuesto por la Ley 100 de 1993; no puede por tanto exonerarse dicho municipio de afiliar a sus servidores al nuevo sistema de seguridad social.

Las entidades territoriales pueden prestar los servicios de salud en forma directa mediante empresas sociales del Estado en los términos condiciones previstos por los artículos 194 a 197 de la Ley 100 de 1993.

2. El sistema general de pensiones para los servidores públicos del nivel municipal entró en vigencia el 30 de junio de 1995 de conformidad con el artículo 151 de la Ley 100 de 1993. En consecuencia, a partir de esta fecha rigen los porcentajes de cotización para pensión, a cargo de los municipios, salvo que la respectiva autoridad gubernamental hubiese fijado una fecha anterior.

El sistema general de seguridad social en salud, está vigente desde el 23 de diciembre de 1993 (fecha de vigencia de la Ley 100 de 1993 sin embargo, se otorga el plazo adicional de un año para que entren a funcionar las entidades y elementos que integran dicho sistema. De esta manera la afiliación y cotizaciones para salud debieron iniciarse a más tardar el 23 de diciembre de 1994.

3. Los servidores públicos vinculados laboralmente a las entidades municipales, que hubieren cumplido los requisitos exigidos por las disposiciones legales o convencionales en materia de pensión de jubilación y que se hallaban vigentes al entrar a regir la Ley 100 de 1993, conservan el derecho a obtener su pensión de jubilación en los términos de dichas disposiciones.

El inciso segundo del artículo 146 de la Ley 100 de 1993 agrega que también tendrán derecho a pensionarse con arreglo a disposiciones departamentales o municipales, "quienes con anterioridad a la vigencia de este artículo hayan cumplido o cumplan dentro de los dos años siguientes, los requisitos exigidos en dichas normas". No obstante, la norma transcrita consagra una extraña excepción frente a las normas constitucionales que rigen el sistema prestacional.

4. La Ley 100 de 1993 empezó a regir el 23 de diciembre del mismo año fecha de su publicación en el Diario Oficial; su observancia se inició desde esta misma fecha, salvo las situaciones especiales señaladas en la respuesta número dos.

5. Las convenciones colectivas anteriores a la vigencia de la Ley 100 de 1993 que contrarían su sistema de pensiones y de salud son susceptibles de denunciarse y someterse a tribunal de arbitramento, si hay lugar a este, para ajustar sus disposiciones al nuevo régimen de seguridad social, pero desde luego respetando los derechos adquiridos por los servidores públicos.

Transcríbase en sendas copias auténticas a los señores Ministro del Interior y Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

Roberto Suárez Franco, Presidente de la Sala, *Javier Henao Hidrón, César Hoyos Salazar, Luis Camilo Osorio Isaza.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

ACLARACION

Santa Fe de Bogotá, D.C., tres (3) de junio de mil novecientos noventa y seis (1996).

Radicación: Número 720

Referencia: Aclaración.

El señor Ministro del Interior, en escrito de 14 de mayo del año en curso, remitió a esta Corporación una petición elevada por la Asociación de Pensionados del municipio de Medellín, con el fin de que se aclare el concepto de 7 de septiembre de 1995, radicación 720 emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil, en el sentido de que se "exprese si no obstante lo dicho en el inciso final del artículo 146 de la Ley 100 de 1993 de que "las disposiciones de este artículo regirán desde la fecha de la sanción de la presente ley", los dos años de que trata el inciso 2° del mencionado artículo vencen el 30 de junio de 1997, (sic.) según el concepto emitido por el honorable Consejo de Estado".

Agrega el peticionario que el municipio de Medellín cumplió hasta el 25 de diciembre de 1995 y "se niega a cumplirlas con posterioridad a esa fecha" motivo por el cual es importante despejar la duda, "de si los dos años a que se refiere el inciso 2° de esta ley debe aplicarse a partir de la fecha de sanción de la ley o desde la fecha de vigencia del artículo en el municipio que en el caso de Medellín fue a partir del 30 de junio de 1995, lo que permitirá el cumplimiento de las disposiciones territoriales hasta el 30 de junio de 1997".

CONSIDERACIONES:

No obstante que la consulta inicialmente absuelta es clara en su contenido, se procede a absolver la inquietud planteada por el peticionario:

El concepto de 7 de septiembre de 1995, la Sala respondió interrogantes relacionados con la adopción del sistema de seguridad social por parte de las entidades territoriales y específicamente para el municipio de Medellín.

En cuanto al régimen pensional se sostuvo que a partir de la vigencia del sistema general de pensiones, esto es el 30 de junio de 1995, regían los porcentajes de cotización para pensión a cargo de los municipios, previstos en la Ley 100 de 1993 salvo que la respectiva autoridad gubernamental hubiera fijado una fecha anterior, de conformidad con lo señalado en el artículo 151 de la ley citada.

También se hizo referencia a que los servidores públicos vinculados laboralmente a las entidades territoriales que hubieran cumplido los requisitos legales o convencionales en materia de pensión de jubilación previstos en disposiciones municipales o departamentales y que se hallaban urgentes en la fecha en que entró a regir la Ley 100 de 1993, conserva el derecho a obtener su pensión de jubilación en los términos y condiciones establecidos en tales disposiciones. Y se agregó que el inciso 2° del artículo 146 consagraba una excepción para pensionarse respecto de aquellos funcionarios que con anterioridad a la vigencia de dicho artículo hubieran cumplido, o cumplirán dentro de los dos años siguientes, los requisitos consagrados en las mencionadas normas territoriales.

Pero no se afirmó en el texto de la consulta cuya aclaración se impetra que los dos años de que trata el inciso 2° del artículo 146 de la Ley 100 de 1993 vencían el 30 de junio de 1997. .

En efecto:

El sistema general de pensiones para los servidores públicos departamentales, municipales y distritales y de sus entidades territoriales, entró a regir el 30 de junio de

1995, tal como lo señalan los artículos 151 de la Ley 100 de 1993 y 2° del Decreto 691 de 1995.

Mediante el Decreto 1068 de 1995, se reglamentó la vigencia del sistema general de pensiones en los niveles departamental, municipal y distrital, en los siguientes términos:

"Artículo 1°. Vigencia del sistema general de pensiones. El sistema general de pensiones para los servidores públicos del orden departamental, distrital y municipal, incorporados de conformidad con lo dispuesto en el literal a) del artículo 1° del Decreto 691 de marzo de 1994, entrará a regir el 30 de junio de 1995, siempre que la entrada en vigencia del sistema no haya sido decretada con anterioridad por el gobernador o alcalde.

A partir de la fecha de la vigencia del sistema de que trata el presente artículo, las pensiones de vejez, de invalidez por riesgo común, al igual que las demás prestaciones contempladas en el sistema de los servidores públicos mencionados en el inciso anterior, se regirá íntegra y exclusivamente por las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993 y demás normas que las modifiquen, adicionen o reglamenten" (subrayamos).

El artículo 10 del citado decreto, sobre situaciones jurídicas consolidadas, consagra:

"Situaciones jurídicas individuales definidas por disposiciones departamentales, municipales o distritales. Las situaciones jurídicas de carácter individual, definidas con anterioridad a la Ley 100 de 1993, con base en disposiciones departamentales, distritales y municipales, en materia de pensiones de jubilación extralegales en favor de empleados o servidores públicos o personas vinculadas laboralmente a las entidades territoriales o a sus organismos descentralizados, continuarán vigentes.

También tendrá derecho a pensionarse con arreglo a tales disposiciones, quienes con anterioridad al 23 de diciembre de 1993, hayan cumplido o cumplan dentro de los dos años siguientes los requisitos exigidos en dichas normas (subrayamos).

El artículo 146 de la Ley 100 de 1993, al referirse a las situaciones consolidadas, señala:

"Situaciones jurídica individuales definidas por disposiciones municipales o departamentales. Las situaciones jurídicas de carácter individual definidas con anterioridad a la presente ley, con base en disposiciones municipales o departamentales en materia de pensiones de jubilación extralegales en favor de empleados o servidores públicos o personas vinculadas laboralmente a las entidades territoriales o a sus organismos descentralizados, continuarán vigentes.

También tendrán derecho a pensionarse con arreglo a tales disposiciones, quienes con anterioridad a la vigencia de este artículo, hayan cumplido o cumplan dentro de los dos años siguientes los requisitos exigidos en dichas normas.

Lo dispuesto en la presente ley no afecta ni modifica la situación de las personas a que se refiere este artículo.

Las disposiciones de este artículo regirán desde la fecha de la sanción de la presente ley" (subrayamos).

Lo anterior quiere decir, que a partir del 30 de junio de 1995, o antes si así lo dispuso el gobernador o alcalde, el sistema general de pensiones de los servidores públicos departamentales, municipales y distritales quedó sometido íntegra y exclusivamente a las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993.

Sin embargo, tanto la Ley 100 de 1993 como el Decreto Reglamentario 1068 de 1995, exceptuaron aquellas situaciones jurídicas individuales definidas con anterioridad a la vigencia de la Ley 100, y que tenían su fundamento en disposiciones municipales o departamentales. Así mismo, quienes con anterioridad a la vigencia del artículo 146 de la Ley 100, llenaron todos los requisitos para obtener su jubilación como también aquellos funcionarios que los cumplieron dentro de los dos años siguientes,

ciñéndose a las disposiciones pertinentes de orden territorial, podían obtener su jubilación conforme a estas. Como el artículo 146 comenzó a regir el 23 de diciembre de 1993, fecha de vigencia de la ley, el período de los dos años previstos en la ley mencionada venció el 23 de diciembre de 1995.

Recientemente esta misma Sala, y sobre el tema que nos ocupa afirmó que el régimen sobre pensiones de jubilación, al que se encontraban afiliados los servidores públicos del nivel territorial cuando entró en vigencia la Ley 100 de 1993, es el contenido en disposiciones departamentales o municipales, pero siempre que se hubieren cumplido integralmente, o se cumplieran dentro de los dos años siguientes a la vigencia de aquella los requisitos que tales normas establecían para acceder a la pensión.

Sobre la vigencia de disposiciones departamentales o municipales y frente a lo previsto en el inciso 2° del artículo 146 de la Ley 100 de 1993 agregó la Sala que la Constitución prohíbe a las corporaciones públicas territoriales expedir reglamentaciones en materia de prestaciones sociales, por cuanto ello es competencia exclusiva de una ley marco, tal como lo dispone el artículo 150 numeral 10 letra f); no obstante el citado artículo 146 extendió por dos años a partir de su vigencia (es decir, hasta el 23 de diciembre de 1995) el reconocimiento de situaciones jurídicas individuales definidas con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993 o que se consolidaran dentro de los dos años siguientes contados a partir de la fecha de su promulgación.

En los anteriores términos se absuelve la aclaración solicitada.

Transcríbase al señor Ministro del Interior. Igualmente envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

Luis Camilo Osorio Isaza, Presidente de la Sala, *Javier Henao Hidrón, César Hoyos, Salazar, Roberto Suárez Franco.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

CONSULTA NUMERO 712

(8 de agosto de 1995)

PENSIONADO DOCENTE OFICIAL - Aplicación de la Ley 4ª de 1992 / DOBLE ASIGNACION DEL TESORO PUBLICO - Improcedencia de analogía.

La excepción prevista por el literal g) del artículo 19 de la Ley 4ª de 1992 no es aplicable a funcionarios oficiales docentes que no hubieren reunido la totalidad de los requisitos que prescribía la ley para obtener el derecho a la pensión en el momento en que entró en vigencia la Ley 4ª por cuanto los alcances del literal g) son claros en su texto; además, porque atendiendo principios de hermenéuticas las excepciones previstas en normas jurídicas no son extensibles a casos semejantes, por analogía. Siendo ello así, los docentes que no reunían los requisitos legales indispensables para obtener el reconocimiento de pensión al entrar en vigencia la Ley 4ª de 1992, no pueden recibir dos asignaciones del tesoro público, aunque una de estas tenga el carácter de pensión. En consecuencia, para que la excepción a que se ha venido refiriendo la Sala procedente, es menester: a. Que se trate de docentes oficiales .b. Que dichos docentes hubieren adquirido el estatus de pensionado, conforme a las normas vigentes, antes de regir la Ley 4ª de 1992, es decir con anterioridad al 18 de mayo de 1992.

Autorizada su publicación el 22 de agosto de 1995.

Consejero Ponente: *Roberto Suárez Franco.*

Santa Fe de Bogotá, D.C., ocho (8) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Radicación: Número 712.

Referencia: Consulta del Ministerio de Gobierno relacionada con la interpretación del literal g), artículo 19 de la Ley 4ª de 1992 respecto de los docentes oficiales pensionados.

El señor Ministro de Gobierno, doctor Horacio Serpa Uribe formula a la Sala la consulta en los siguientes términos textuales:

"El Ministerio de Gobierno, a solicitud del señor Personero de Santa Fe de Bogotá, D.C., doctor Hernando Gutiérrez Puentes, desea oir el concepto de esa honorable Sala referente a la interpretación del literal g), artículo 19 de la Ley 4ª de 1992 respecto de los docentes oficiales pensionados.

LA CONSTITUCION POLITICA DISPONE:

"Artículo 128. Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley.

Entiéndese por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas".

A su vez, la Ley 4ª de 1992, preceptúa:

"Artículo 19. Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado.

...

g) Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente ley beneficien a los servidores docentes pensionados".

- Bajo los anteriores supuestos normativos, el señor Personero plantea la pregunta así:

"La consulta va dirigida a que el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo manifieste si la excepción a que se refiere el literal g) de la norma transcrita, alude a situaciones previas a su vigencia, o por el contrario cobija a las posteriores a la misma, pues sobre el particular existe disparidad de criterios entre el Servicio Civil Distrital, la Auditoría Fiscal ante la Universidad Distrital y la Contraloría de Santa Fe de Bogotá".

I. ANTECEDENTES CONSTITUCIONALES Y LEGALES

1. El artículo 128 de la Constitución Política dispone:

"Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley.

Entiéndese por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas.

2. Por su parte, el artículo 150 de la Carta asigna al Congreso, en el numeral 19 literales e) y f) las funciones de "dictar las normas generales y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno" para "fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Na-

cional y de la fuerza pública", y "regular el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales".

3. El Congreso de la República, en desarrollo de los literales e) y f) numeral 19 del artículo 150 de la Constitución y mediante la expedición de la Ley 4ª de 1992, en su artículo 19 establece:

"Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado. Exceptúense las siguientes asignaciones:

a) Las que reciban los profesores universitarios que se desempeñen como asesores de la Rama Legislativa;

b) Las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la fuerza pública;

c) Las percibidas por concepto de sustitución pensional;

d) Los honorarios percibidos por concepto de hora cátedra;

e) Los honorarios percibidos por concepto de servicios profesionales de salud;

f) Los honorarios percibidos por los miembros de las Juntas Directivas, en razón de su asistencia a las mismas, siempre que no se trate de más de dos juntas;

g) Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente ley beneficien a los servidores oficiales docentes pensionados.

Parágrafo. No se podrán recibir honorarios que sumados correspondan a más de ocho (8) horas diarias de trabajo a varias entidades".

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

1. Ley 4ª de 1992.

Se tiene entonces de lo anterior que la prohibición de recibir doble asignación del tesoro público contenida en el artículo 128 de la Constitución tuvo su antecedente en el artículo 64 de la Constitución de 1886, que igualmente defería en la ley las excepciones a tal prohibición.

Ello explica el fundamento del artículo 15 numeral 2 de la Ley 91 de 1989, que es del siguiente tenor:

"A. Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieren desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos.

Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será competible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación".

Tal como se transcribió, según lo dispuesto por el artículo 128 de la Constitución vigente, se prohíbe el desempeño de más de un empleo público, en forma simultánea así como también, recibir más de una asignación del tesoro público vale decir, de la Nación, de las entidades territoriales, de las entidades descentralizadas, o de empresas o instituciones en que tenga parte mayoritaria el Estado. Las excepciones a esta norma de carácter general deben estar expresamente determinadas por la ley.

Estas excepciones se hallan consagradas en el artículo 19 de la Ley 4ª de 1992, y para el caso de estudio, en su literal g) que se refiere a los empleados docentes oficiales que hayan adquirido el derecho a la pensión y a la vez estén recibiendo otras asignaciones por parte del tesoro público.

La Corte Constitucional, al pronunciarse sobre la inconstitucionalidad del citado artículo 19 de la Ley 4ª de 1992, alegándose por el demandante que una ley que desarrollará el artículo 128 debía ser de carácter ordinario y la naturaleza de la citada Ley 4ª era una ley marco, expresó al declararla exequible:

"...No comparte la Corte el criterio del actor, pues si bien es cierto que en el artículo 128 C.P., se consagra una incompatibilidad, no lo es menos que esta se encuentra en íntima relación de conexidad con la remuneración de los servidores estatales; basta ver que en ella se prohibe la concurrencia de dos o más cargos públicos en una misma persona, tanto como recibir más de una asignación que provenga del erario. El término "asignación" comprende toda clase de remuneración que emane del tesoro público, llámese sueldo, honorario, mesada pensional etc.

Siendo así, bien podía el legislador ordinario establecer dicha incompatibilidad dentro de la citada Ley 4ª de 1992, sin contrariar mandato constitucional alguno.

De otro lado, vale la pena anotar que aún en el remoto caso de que se hubiere concluido que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades para los funcionarios públicos debía ser regulado por medio de ley ordinaria, el artículo 19, objeto de acusación, tampoco sería inconstitucional, por cuanto el legislador estaba perfectamente facultado para hacerlo..." (Sentencia número C-133 de abril 1° de 1993. Magistrado Ponente doctor Vladimiro Naranjo Mesa. Gaceta de la Corte Constitucional 1993. Tomo 4 pág. 58).

2. Régimen especial para docentes.

Como se afirmó, el artículo 128 de la Constitución Política consagra un principio de carácter general consistente en que nadie podrá "recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado".

Esta normatividad constitucional, según el mismo artículo no es aplicable a los casos que de manera expresa se exceptúen por la ley.

Y precisamente la Ley 4ª de 1992 en su artículo 19 consagra como uno de esos casos, el contenido en el literal g) para quienes al entrar ésta en vigencia y siendo servidores oficiales docentes, se hallen debidamente pensionados.

Un derecho sólo puede invocarse como adquirido cuando se ha consolidado con fundamento en la Constitución y las leyes que lo reconocen.

"Así las cosas, se puede concluir que quien ha satisfecho los requisitos de edad y tiempo de servicio o número de semanas, exigidas por la ley para acceder a una pensión de jubilación o de vejez, tiene un derecho adquirido a gozar de la misma.

Pero quien aún no ha completado el tiempo de servicio o llegado a la edad prevista en la norma legal, no tiene un derecho sino que se halla apenas ante una simple expectativa de alcanzarlo en el momento de reunir la condición faltante" (Corte Constitucional; Sentencia C-168, abril 20 de 1995; Magistrado Ponente: Doctor Carlos Gaviria Díaz).

El caso consultado se refiere a un derecho de carácter laboral radicado en cabeza de un servidor oficial docente, que por razón de haber cumplido una serie de exigencias previstas en la Constitución y las leyes de la República adquirió su derecho a la pensión y simultáneamente recibe otra asignación del tesoro público. Hallándose en tal situación entró en vigencia la Ley 4ª de 1992, que prohibe, por regla general, recibir más de una asignación del tesoro público; pero que exceptúa a los servidores oficiales docentes que se hallan pensionados, lo que quiere decir que estos funcionarios pueden recibir, además de su pensión, otra asignación del tesoro público.

Consecuencialmente la excepción prevista por el literal g) del artículo 19 de la Ley 4ª de 1992 no es aplicable a funcionarios oficiales docentes que no hubieren reunido la totalidad de los requisitos que prescribía la ley para obtener el derecho a la pensión en el momento en que entró en vigencia la Ley 4ª por cuanto los alcances del literal g) son claros en su texto, además, porque atendiendo principios de hermenéutica las excepciones previstas en normas jurídicas no son extensibles en casos semejantes, por analogía.

Siendo ello así, los docentes que no reunían los requisitos legales indispensables para obtener el reconocimiento de pensión al entrar en vigencia la Ley 4ª de 1992, no pueden recibir dos asignaciones del tesoro público, aunque una de estas tenga el carácter de pensión.

En consecuencia, para que la excepción a que se ha venido refiriendo la Sala sea procedente, es menester:

a) Que se trate de docentes oficiales;

b) Que dichos docentes hubieren adquirido el estatus de pensionado, conforme a las normas vigentes, antes de entrar a regir la Ley 4ª de 1992, es decir con anterioridad al 18 de mayo de 1992.

RESPUESTA:

La excepción a que se refiere el literal g) del artículo 19 de la Ley 4ª de 1992 consistente en que los servidores oficiales de carácter docente que se hallen pensio-

nados puedan recibir otra asignación del tesoro público, alude con exclusividad a quienes hubieren adquirido el derecho a la pensión al entrar en vigencia dicha ley.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a los señores Ministro de Gobierno y Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

Roberto Suárez Franco, Presidente de la Sala, *Javier Henao Hidrón, César Hoyos Salazar, Luis Camilo Osorio Isaza.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

CONSULTA NUMERO 711

(9 de agosto de 1995)

EMPRESA PRESTADORA DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS- Cotizaciones al ISS / CONVENCION COLECTIVA - Cumplimiento / AFILIACION DE TRABAJADORES DE LA ELECTRIFICADORA DE SANTANDER A E.P.S. - Beneficios.

Sí existe para la Electrificadora de Santander S.A. E.S.P., obligación legal de cotizar al Instituto de Seguros Sociales o una entidad Promotora de Salud, como consecuencia de la afiliación obligatoria de sus trabajadores al régimen contributivo. La afiliación otorgará los beneficios establecidos en la ley, entre ellos la cobertura para la familia del trabajador afiliado. Para la Electrificadora de Santander S.A. E.S.P., existe la obligación de prestar a los familiares del trabajador los servicios de salud pactados en la convención colectiva mientras ésta tenga vigencia, con sujeción a lo dispuesto por el inciso 3° del artículo 283 de la Ley 100 de 1993. Los servicios de salud podrá seguirlos prestando a través del organismo establecido por la empresa para hacerlo, convertido en una entidad Promotora de Salud, si para ello reúne los requisitos legales. En su defecto, la Empresa podrá contratar la prestación de dichos servicios con la entidad Promotora de Salud adscrita al sistema General de Seguridad Social en Salud, que libremente fue escogida por los trabajadores para cumplir la afiliación obligatoria. Los servicios a prestar serán los pactados en la convención colectiva y el costo de ellos, en lo que exceda de las cotizaciones obligatorias, deberá pagarlo la Electrificadora de Santander S.A. E.S.P. AUTORIZACION DE LA PUBLICACION: Con oficio número 92431 de 4 de septiembre de 1995.

SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - Afiliación / COTIZACION AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - Pago/ CONTRIBUCION PARAFISCAL / COTIZACION OBLIGATORIA - Monto.

La obligación legal de afiliarse al Sistema General de Seguridad en Salud trae consigo la de pagar una cotización. Esta cotización puede ser pagada directamente por el afiliado o por éste y su empleador, o pagada con

subsidio, total o parcial, proveniente de recursos fiscales o de solidaridad de que trata la ley, la cotización o aporte al Sistema General de Seguridad Social en salud es una contribución parafiscal impuesta por el Estado en ejercicio de su soberanía con arreglo a lo dispuesto en los artículos 150 numeral 12, y 338 de la Constitución Nacional. La naturaleza parafiscal de los recursos de la seguridad social emana de la afectación o destinación exclusiva, que a ese fin, les da la Constitución- artículo 48 inciso 4°-, al punto de prohibir destinarlos o utilizarlos para fines diferentes. Asimismo, el estatuto tributario -artículo 108 - da a los mencionados aportes la denominación de contribuciones parafiscales. El artículo 204 de la Ley 100 de 1993 dispone que la cotización obligatoria será máximo del 12% del salario base para la misma; salario que no podrá ser inferior al mínimo. Dos terceras partes de la cotización estarán a cargo del empleador y una tercera parte a cargo del trabajador.

AUTORIZADA LA PUBLICACION: Con oficio número 92431 de 4 de septiembre de 1995.

PLAN OBLIGATORIO DE SALUD - Cobertura familiar / SERVICIOS DE SALUD A FAMILIARES DEL COTIZANTE - Plan obligatorio de salud / SERVICIOS COMPLEMENTARIOS EN SALUD - Cotización obligatoria.

Los servicios de salud para el grupo familiar del cotizante son los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud que defina el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, conforme a lo contemplado por el Decreto-ley 1650 de 1977 y sus reglamentarios, incluyendo la provisión de medicamentos esenciales en su denominación genérica. (Artículo 162 Ley 100 de 1993). Si el afiliado desea gozar de los servicios complementarios al Plan Obligatorio de Salud, que la entidad Promotora de Salud le ofrezca, deberá pagar a ella la totalidad del costo fijado para dicha opción, en forma aparte a las cotizaciones obligatorias dispuestas por el régimen de Seguridad Social en Salud (artículo 169 Ley 100 de 1993).

AUTORIZADA LA PUBLICACION: Con oficio número 92431 de 4 de septiembre de 1995.

Consejero Ponente: *César Hoyos Salazar.*

Santa Fe de Bogotá, D.C., nueve (9) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Radicación: Número 711.

Referencia: Obligación de la Electrificadora de Santander S.A. E.S.P., de cotizar al I.S.S. o E.P.S. por servicios de salud a los familiares del trabajador, cuando por convención ella los viene atendiendo directamente.

El señor Ministro de Minas y Energía, doctor Jorge Eduardo Cock Londoño, formula a la Sala la siguiente consulta:

"La Electrificadora de Santander S.A. E.S.P., es una empresa de servicios públicos mixta, cuyo capital se encuentra dividido en acciones, constituida como sociedad anónima, vinculada al sector administrativo del Ministerio de Minas y Energía sometida al régimen jurídico previsto en las Leyes 142 y 143 de 1994, constituida por escritura pública 2830 del 16 de septiembre de 1950 de la Notaría 2ª de Bucaramanga. Los funcionarios que laboran a su servicio, son trabajadores particulares en virtud de las disposiciones de la Ley 142 de 1994.

La Electrificadora de Santander tiene suscrita con el Sindicato de Trabajadores de la Electricidad de Colombia, Sintraelecol, una Convención Colectiva de Trabajo cuya vigencia comprende desde el 1° de noviembre de 1993 al 31 de octubre de 1995.

En el capítulo X de la referida Convención, artículos 43 y 44 se consagran los servicios médicos para la familia del trabajador, cuyo alcance abarca, entre otras cosas, consulta médica y de especialistas para padres, esposa e hijos y auxilio del 50% del valor de la droga, más un aporte para el Fondo Médico Familiar Sintraelecol por valor aproximado de $550.000.000 durante la vigencia de la Convención. Este Fondo cubre, adicionalmente a lo asumido directamente por la Empresa, hospitalización sin cirugía, hospitalización con cirugía, pequeñas cirugías y curaciones, aparatos ortopédicos, laboratorio y rayos X, exámenes y tratamiento ambulatorios, servicio odontológico, droga de uso permanente y servicio oftalmológico.

Con la expedición de la nueva Ley de Seguridad Social, la cobertura de los servicios asistenciales prestados a través del I.S.S. o las E.P.S. se extendió al núcleo familiar de cada trabajador, circunstancia esta que fue implementada a partir del 1° de abril del año en curso, y que se vio reflejada en el incremento de las cotizaciones mensuales, tanto para el patrono como para el trabajador.

En el entendido de que la Ley 100 de 1993 respeta los pactos convencionales sobre temas relacionados con el área de salud, existe para la Empresa la obligación de entrar a cotizar al Instituto de Seguros Sociales o a una E.P.S. la salud para los familiares del trabajador a partir del 1° de abril de 1995, coexistiendo un régimen convencional que ampara los mismos riesgos y beneficiarios, o por el contrario puede suspender el pago hasta el vencimiento de la convención.

¿En caso de tenerse que cotizar la medicina familiar a partir de la mencionada fecha, existe para la Empresa la obligación de prestar simultáneamente ambos servicios (convencional y legal) y en consecuencia asumir una doble erogación por la misma prestación?".

LA SALA CONSIDERA:

1. LA SEGURIDAD SOCIAL

La Constitución Nacional de 1991 dispone que "La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley". (Artículo 48 inciso. 1°).

El derecho a la Seguridad Social es irrenunciable. La ley determinará los servicios y la forma de prestarlos a través de entidades públicas o privadas.

La Ley 100 de 1993, por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral, regula el sistema general de pensiones y el sistema general de seguridad social en salud.

Los artículos 153 numeral 3, 156 letra b), 203 de la mencionada Ley 100 de 1993 mandan que todos los habitantes de Colombia deben afiliarse a dicho sistema; afiliación obligatoria que estará sujeta a régimen contributivo o subsidiado, según la capacidad de pago del afiliado para cubrir el monto de la cotización.

2. LA COTIZACION AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

La obligación legal de afiliarse al Sistema General de Seguridad en Salud trae consigo la de pagar una cotización. Esta cotización puede ser pagada directamente por el afiliado o por este y su empleador, o pagada con subsidio, total o parcial, proveniente de recursos fiscales o de solidaridad de que trata la ley.

La cotización o aporte al sistema general de seguridad social en salud es una contribución parafiscal impuesta por el Estado en ejercicio de su soberanía, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 150 numeral 12, y 338 de la Constitución Nacional. La naturaleza parafiscal de los recursos de la seguridad social emana de la afectación o destinación exclusiva, que a ese fin, les da la Constitución –artículo 48 inciso 4–, al punto de prohibir destinarlos o utilizarlos para fines diferentes. Asimismo, el estatuto tributario–artículo 108– da a los mencionados aportes la denominación de contribuciones parafiscales.

El artículo 204 de la Ley 100 de 1993 dispone que la cotización obligatoria será máximo del 12% del salario base para la misma; salario que no podrá ser inferior al mínimo. Dos terceras partes de la cotización estarán a cargo del empleador y una tercera parte a cargo del trabajador.

De manera perentoria, el parágrafo del artículo 210 ordena:

> "Ningún empleador de sector público o privado está exento de pagar su respectivo aporte al Sistema General de Seguridad Social en Salud".

El no pago de la cotización en el régimen contributivo genera, además de las sanciones legales, la suspensión de la afiliación y del derecho a la atención del Plan Obligatorio de Salud.

El artículo 31 del Decreto 1919 de 1994, dispone que las cotizaciones al régimen contributivo del sistema son obligatorias, para el empleador y los trabajadores, durante la vigencia de la relación laboral. Y el artículo 37 precisa que el empleador será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio.

Es más, el inciso segundo de este artículo sitúa en cabeza del empleador la responsabilidad total del aporte para el evento en que no hubiere efectuado el descuento al trabajador.

La ley no prevé, entonces, ninguna exención de pago de las cotizaciones o aportes, obligatorios, ni siquiera fundada en que el empleador presta de manera directa, al trabajador y su familia, los servicios de salud que por razón de la afiliación deben suministrar el Instituto de Seguros Sociales o las entidades Promotoras de Salud.

3. COBERTURA FAMILIAR

Dentro del principio de universalidad de la seguridad social, la Ley 100 de 1993 ordena la cobertura familiar del Plan Obligatorio de Salud.

> ..."serán beneficiarios del sistema: el (o la) cónyuge o el compañero o la compañera permanente del afiliado cuya unión sea superior a 2 años; los hijos menores de 18 años de cualquiera de los cónyuges, que haga parte del núcleo familiar y que dependan económicamente de éste; los hijos mayores de 18 años con incapacidad permanente o aquellos que tengan menos de 25 años, sean estudiantes con dedicación exclusiva y dependan económicamente del afiliado. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, e hijos con derecho, la cobertura familiar podrá extenderse a los padres del afiliado no pensionado que dependan económicamente de éste". (artículo 163 Ley 100 de 1993).
>
> Las normas sobre transición del sistema establecen que "Las entidades Promotoras de Salud que se creen en desarrollo de esta ley, tendrán desde el comienzo de su operación cobertura familiar para sus afiliados." (Artículo 234, parágrafo).
>
> Y, en cuanto al Instituto de Seguros Sociales, el inciso 3° del artículo 235 señala:
>
> "La extensión de la cobertura familiar para quienes continúen o decidan afiliarse al Instituto de Seguros Sociales, se hará en forma progresiva, en un período máximo de un año a partir de la operación efectiva del Fondo de Solidaridad y Garantía". (Artículo 235 inciso 3°). Fondo que se creó mediante el Decreto 1896 de 1994.

Los servicios de salud para el grupo familiar del cotizante son los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud que defina el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, conforme a lo contemplado por el Decreto-ley 1650 de 1977 y sus reglamentarios, incluyendo la provisión de medicamentos esenciales en su denominación genérica. (Artículo 162 Ley 100 de 1993).

Si el afiliado desea gozar de los servicios complementarios al Plan Obligatorio de Salud, que la entidad Promotora de Salud le ofrezca, deberá pagar a ella la totalidad del costo fijado para dicha opción, en forma aparte a las cotizaciones obligatorias dispuestas por el régimen de Seguridad Social en Salud (Artículo 169 Ley 100 de 1993).

4. LOS SERVICIOS PARA LA FAMILIA DEL TRABAJADOR PACTADOS EN LA CONVENCION COLECTIVA

La convención pactada entre la Electrificadora de Santander S.A. E.S.P. y el Sindicato de Trabajadores de la Electricidad de Colombia, Sintraelecol, estipula que la empresa suministrará los servicios, enumerados en la consulta, a la familia del trabajador compuesta por los beneficiarios previstos en la Ley 100 de 1993 y, además, por los padres del trabajador. Estos últimos como beneficiarios directos y no a falta de cónyuge o compañera e hijos, como sí lo ordena el estatuto de la seguridad social en salud.

Para cumplir esta obligación, la empresa tiene organizado y reglamentado el servicio médico en la empresa. En igual forma, de acuerdo con lo pactado en la convención, están reglamentados los servicios en salud prestados por el Fondo Médico Familiar Sintraelecol, al cual la empresa aporta cerca de quinientos millones de pesos durante la vigencia de la convención.

La Ley 100, en su artículo 181 dispone que podrán ser autorizadas como entidades Promotoras de Salud, siempre que cumplan con los requisitos que la misma ley exige para serlo:

> "f) Los organismos que hayan sido organizados por empresas públicas o privadas para prestar servicios de salud a sus trabajadores con anterioridad a la vigencia de la presente ley, siempre que se constituyan como personas jurídicas independientes".
>
> Y el parágrafo 3° del mismo artículo ordena:
>
> "Las empresas que presten los servicios de salud en la forma prevista por el literal f) **podrán reemplazarlo, contratando dichos servicios con las Entidades Promotoras de Salud adscritas al Sistema General de Seguridad Social en Salud."**

Lo anterior indica que los servicios de salud que la empresa venía prestando directamente puede mantenerlos, convirtiendo el organismo que venía prestándolos en Entidad Promotora de Salud, o reemplazándolo, contratando dichos servicios con una entidad de esa naturaleza adscrita al Sistema General de Seguridad Social en Salud, a la cual hará los aportes o cotizaciones obligatorias y las que correspondan a los servicios complementarios o adicionales necesarios para satisfacer lo pactado en la Convención. Esto porque con cargo a las cotizaciones obligatorias la entidad sólo asumirá la atención de los servicios previstos en la Ley 100, por expreso mandato del artículo 283 inciso 1° de la misma.

Los servicios adicionales o complementarios a contratar con la entidad Promotora de Salud serán los pactados convencionalmente, que no cubra el Plan Obligatorio de Salud, porque como ordena el artículo 283 de la Ley 100 de 1993:

"Esta ley no vulnera derechos adquiridos mediante convenciones colectivas del sector privado o público, sin perjuicio de derecho de denuncia que asiste a las partes".

En consecuencia,

LA SALA RESPONDE:

1. Sí existe para la Electrificadora de Santander S.A. E.S.P. obligación legal de cotizar al Instituto de Seguros Sociales o a una Entidad Promotora de Salud, como consecuencia de la afiliación obligatoria de sus trabajadores al régimen contributivo. La afiliación otorgará los beneficios establecidos en la ley, entre ellos la cobertura para la familia del trabajador afiliado.

2. Para la Electrificadora de Santander S.A. E.S.P. existe la obligación de prestar a los familiares del trabajador los servidores de salud pactados en la convención colectiva, mientras ésta tenga vigencia, con sujeción a lo dispuesto por el inciso 3° del artículo 283 de la Ley 100 de 1993.

Los servicios de salud podrá seguirlos prestando a través del organismo establecido por la empresa para hacerlo, convertido en una Entidad Promotora de Salud, si para ello reúne los requisitos legales. En su defecto, la Empresa podrá contratar la prestación de dichos servicios con la Entidad Promotora de Salud adscrita al Sistema General de Seguridad Social en Salud, que libremente fue escogida por los trabajadores para cumplir la afiliación obligatoria.

Los servicios a prestar serán los pactados en la convención colectiva y el costo de ellos, en lo que exceda de las cotizaciones obligatorias, deberá pagarlo la Electrificadora de Santander S.A. E.S.P.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a los señores Ministro de Minas y Energía y Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

Roberto Suárez Franco, Presidente de la Sala, *Javier Henao Hidrón, César Hoyos Salazar, Luis Camilo Osorio Isaza.*

Elizabeth Castro Reyes. Secretaria de la Sala.

CONSULTA NUMERO 716

(14 de agosto de 1995)

HONORARIOS DE EDILES - Factores de liquidación / EDILES - Liquidación de honorarios.

Para liquidar los honorarios de los ediles se debe entender como remuneración de los alcaldes locales de Santa Fe de Bogotá, D.C., el valor del sueldo que les asigne el Concejo Distrital y los gastos de representación, si los hubiere. Para determinar el monto de los honorarios de los ediles por la asistencia a cada sesión plenaria y de comisión permanente, se parte del sueldo asignado a un alcalde local y se divide por veinte. En la eventualidad de que el Concejo de Santa Fe de Bogotá, D.C., fije diferente remuneración para los alcaldes locales, los honorarios de los ediles se determinarán partiendo como base del sueldo que el Concejo asigne al alcalde de la localidad en que tenga jurisdicción la Junta Administradora y dividiendo por veinte. El monto de los honorarios mensuales no puede exceder lo que reciba el alcalde local como sueldo mensual, incluidos los gastos de representación en caso de que existan.

Autorizada su publicación el 23 de agosto de 1995.

Consejero Ponente: *Roberto Suárez Franco.*

Santa Fe de Bogotá, D.C., catorce (14) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Radicación número 716.

Referencia: Consulta del Ministerio de Gobierno relacionada con los honorarios de los ediles de Santa Fe de Bogotá, D.C.

El señor Ministro de Gobierno, doctor Horacio Serpa Uribe formula a la Sala la consulta en los siguientes términos textuales:

"El Ministerio de Gobierno, a objeto de absolver algunas consultas de los ediles de las Juntas Administradoras Locales de Santa Fe de Bogotá, D.C., desea oír el concepto de esa Honorable Sala en relación con los honorarios de los citados ediles.

Las normas que sirven de sustento a esta consulta, son las siguientes:

Decreto 1421 de 1993.

Artículo 72. HONORARIOS Y SEGUROS. A los ediles se les reconocerán honorarios por su asistencia a sesiones plenarias y a las de las comisiones permanentes que tengan lugar en días distintos a los de aquéllas. Por cada sesión a la que concurran, sus honorarios serán iguales a la remuneración del alcalde local, dividida por veinte (20). Los ediles tendrán derecho a los mismos seguros reconocidos por este decreto a los concejales.

En ningún caso los honorarios mensuales de los ediles podrán exceder la enumeración mensual del alcalde local.

El pago de los honorarios y de las primas de seguros ordenados estará a cargo del respectivo Fondo de Desarrollo Local.

Acuerdo 37 de 1993.

Artículo 2°. Remuneración. Establécese las siguientes escalas de remuneración para las distintas categorías y empleos, con un aumento salarial del 25% para la vigencia fiscal de 1994. Si el incremento que se establezca del salario mínimo mensual para 1994 por el Consejo Nacional de Salarios, fuera superior al establecido en este acuerdo, se aplicará este último.

ESCALAS DE SUELDOS

...

ESCALAS DE SUELDOS PERSONAL DIRECTIVO

...

Alcalde local 679.000

Acuerdo 1 de 1995

Artículo 2°. Remuneración. Establézcase la siguiente escala de remuneración para las distintas categorías de empleos de las entidades señaladas en el artículo anterior, para la vigencia fiscal de 1995, así:

GRADO O NIVEL	INCREMENTO SALARIAL
...	
Directivo.	18%

De otra parte cabe anotar que no todos los alcaldes menores de Santa Fe de Bogotá, gozan de prima técnica.

Con base en lo anterior, se pregunta:

1. Para efectos de la determinación de los honorarios de los ediles de Santa Fe de Bogotá, D.C., ¿qué se entiende por 'remuneración' de los alcaldes menores del Distrito Capital?

2. La remuneración, definida conforme a la pregunta anterior, se toma del alcalde menor de la localidad respectiva. Es decir que estarían sujetos los honorarios de los

ediles a la mayor o menor remuneración que pueda tener la persona concreta que haya sido nombrada como alcalde menor?"

ANTECEDENTES CONSTITUCIONALES

Por previsión del artículo 322 de la Constitución el régimen político, fiscal y administrativo de la ciudad de Santa Fe de Bogotá, Distrito Capital, será el que determinen, además de la misma, las leyes especiales que para tal efecto se dicten y las disposiciones vigentes para los municipios y que sean compatibles con tal régimen.

El mismo precepto constitucional defiere en la ley la expedición de normas generales para que el Concejo, a iniciativa del alcalde, divida el territorio distrital en localidades, de acuerdo con las características sociales de sus habitantes y "haga el correspondiente reparto de competencias y funciones administrativas".

En lo que hace relación a las Juntas Administradoras Locales, prescribe la Carta que "en cada una de las localidades habrá una Junta Administradora, elegida popularmente para período de tres años, que estará integrada por no menos de siete ediles, según lo determine el Concejo Distrital, atendida la población respectiva" (artículo 323, inciso segundo).

Corresponde a las Juntas Administradoras Locales elaborar ternas para que el alcalde mayor proceda a designar de ellas, los alcaldes locales y distribuir y apropiar las partidas globales que en el presupuesto anual del Distrito se designe a las localidades, teniendo en cuenta las necesidades básicas insatisfechas de su población (inciso tercero, artículo 323, artículo 324 inciso primero *ibidem*).

Antecedentes legales.

1. Mediante el Decreto 1421 de 1993 el Presidente de la República, en ejercicio de las facultades que le confería el artículo transitorio 41 de la Constitución, expidió "el régimen especial para el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá".

En el artículo 5° del citado estatuto se menciona las autoridades del Distrito Capital, entre ellas las Juntas Administradoras Locales.

En un mismo orden de ideas el artículo 12 señala entre las atribuciones del Concejo Distrital la de "determinar la estructura general de la administración central, las funciones básicas de sus entidades y adoptar las escalas de remuneración de las distintas categorías de empleos (numeral octavo); igualmente se le adscribe como otra función la de dividir el territorio del Distrito en lo calidades, asignarles competencias y asegurar su funcionamiento y recursos" (numerales 16 *ibidem*).

El mismo Decreto-ley 1421 de 1993 en el artículo 34 prescribe sobre los honorarios de los concejales lo siguiente:

"A los concejales de les reconocerán honorarios por su asistencia a las sesiones plenarias y a las de las comisiones permanentes que tengan lugar en días distintos a los de aquéllas. Por cada sesión a la que concurran, sus honorarios serán iguales a la remuneración mensual del alcalde mayor dividida por veinte (20).

En todo caso el monto de los honorarios mensuales de los concejales no excederá la remuneración mensual del alcalde mayor.

También tendrán derecho durante el período para el cual fueron elegidos, a un seguro de vida equivalente a trescientos (300) salarios mínimos mensuales legales y a un seguro de salud. El alcalde contratará con una compañía autorizada los seguros correspondientes.

...

El pago de los honorarios y de las primas de los seguros aquí previstos estará a cargo del presupuesto de la corporación".

La estructura administrativa del Distrito Capital comprende el sector central, el sector descentralizado y el sector de las localidades. Las Juntas Administradoras y los alcaldes locales pertenecen a este último, el cual está regulado en el título V del Decreto-ley 1421 de 1993.

En el artículo 71 ibidem se dispone que "las Juntas Administrativas Locales se reunirán ordinariamente, por derecho propio, cuatro veces al año, así: el primero (1°) de marzo; el primero (1°) de junio; el primero (1°) de septiembre y el primero (1°) de diciembre.

Cada vez las sesiones durarán 30 días prorrogables, a juicio de la misma junta por cinco (5) días más.

También se reunirán extraordinariamente por convocatoria que les haga el respectivo alcalde" (inciso 2° ibidem).

Ahora bien, en cuanto a los honorarios de los ediles, prescribe el artículo 72 del mismo estatuto:

"A los ediles se les reconocerán honorarios por su asistencia a sesiones plenarias y a las de las comisiones permanentes que tengan lugar en días distintos a los de aquéllas. Por cada sesión a la que concurran, sus honorarios serán iguales a la remuneración del alcalde local, dividida por veinte (20).

Los ediles tendrán derecho a los mismos seguros reconocidos por este decreto a los concejales.

En ningún caso los honorarios mensuales de los ediles podrán exceder la remuneración mensual del alcalde local".

2. Mediante el Acuerdo 37 de 1993, el Concejo de Santa Fe de Bogotá fijó "las escalas de remuneración y el sistema de clasificación para las distintas categorías de empleos en la Administración Central del Distrito Capital..." para el año de 1994.

En el artículo 2° del citado acuerdo se establecieron las escalas de remuneración para las distintas categorías y empleos; dentro de tal escala para personal directivo se le asigna a los alcaldes locales la suma de $679.000.oo como sueldo.

3. Mediante el Acuerdo 1 de 1995, el Concejo Distrital fijó el 18% como incremento salarial para las distintas categorías de empleos de la Contraloría, Personería, Secretaría de Salud y administración central del Distrito específicamente. Para el personal directivo se reconoce un incremento del 18%.

4. Por último según el artículo 88 de la Ley 136 de 1994 corresponde al Concejo determinar la asignación mensual que devengará su respectivo alcalde a partir del 1° de enero de cada año, entendiendo que los valores señalados corresponden tanto al sueldo básico como a los gastos de representación.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

De conformidad con nuestro ordenamiento constitucional, los miembros de las corporaciones públicas son servidores públicos; de consiguiente los ediles participan de este carácter, como tales, están al servicio del Estado y ejercen sus funciones en la forma prevista en la Constitución, la ley y el reglamento.

Es competencia del Concejo la adopción de las escalas de remuneración de las distintas categorías de empleos, de la administración central y de las localidades, lo mismo que la asignación de competencias de estas últimas.

La Ley 36 de 1994 aplicable a la generalidad de los municipios dispuso que "los miembros de las Juntas Administradoras Locales cumplirán sus funciones ad horem" (artículo 119 inciso 2°), no obstante, el estatuto del Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, estableció para sus ediles el reconocimiento de honorarios en virtud de la asistencia a sesiones plenarias y a las de las comisiones permanentes que ocurran en días distintos a los de aquéllas. Por cada una de estas sesiones, les reconoce honorarios iguales a la remuneración del alcalde local, dividida por veinte (20), pero en todo caso limita el monto de honorarios mensuales de un edil al de la remuneración mensual del alcalde local.

Igualmente, reconoce a los ediles un seguro de vida equivalente a trescientos (300) salarios mínimos mensuales legales y un seguro de salud, los cuales deberán ser contratados con una compañía autorizada.

En sentido gramatical el término remuneración equivale a la contraprestación que se recibe por servicios prestados, de tal forma que se entiende como la retribución por realizar una labor o desempeñar un cargo.

No obstante, en el caso de cuyo estudio se ocupa la Sala, el Concejo en ejercicio de su facultad constitucional mediante el Acuerdo 37 de 1993, fijó escalas de "remuneración" a las distintas categorías de empleos del Distrito Capital asignándoles a los alcaldes locales un sueldo de $679.000.

Por su parte el artículo 88 del la Ley 136 de 1994 entiende que el término asignación comprende el sueldo y los gastos de representación para el efecto de remuneración de los alcaldes.

Esto quiere decir que el término remuneración está referido al sueldo y a los gastos de representación prescindiendo de primas, bonificaciones o asignaciones adicionales; por lo tanto, para precisar los honorarios de los ediles, sólo se debe tomar como fundamento el sueldo que les fija el Concejo a los alcaldes locales y dividirlo por veinte.

Ahora bien, el artículo 72 del Decreto-ley 1421 condiciona la determinación de los honorarios de los ediles a la del alcalde local, por cuanto las Juntas Administradoras y los alcaldes pertenecen al sector de las localidades; por tanto la jurisdicción de los ediles corresponde a la localidad donde funciona la Junta Administradora.

Del Acuerdo 37 de 1993 se establece que todos los alcaldes locales gozan de una misma remuneración; de esta manera no existe diferencia en la base para liquidar los honorarios de los ediles del Distrito Capital, sin embargo, en la eventualidad de que el Concejo llegare a asignar diferente sueldo a uno o algunos alcaldes locales, a la liquidación de los honorarios de los ediles se procederá con fundamento en el sueldo del alcalde de la localidad respectiva, incluyendo sus gastos de representación si los hubiere.

RESPUESTA:

1. Para liquidar los honorarios de los ediles se debe entender como remuneración de los alcaldes locales de Santa Fe de Bogotá, D.C., el valor del sueldo que les asigne el Concejo Distrital y los gastos de representación, si los hubiere.

2. Para determinar el monto de los honorarios de los ediles por la asistencia a cada sesión plenaria y de comisión permanente, se parte del sueldo asignado a un alcalde local y se divide por veinte.

3. En la eventualidad de que el Concejo de Santa Fe de Bogotá, D.C., fije diferente remuneración para los alcaldes locales, los honorarios de los ediles se determinarán partiendo como base del sueldo que el Concejo asigne al alcalde de la localidad en que tenga jurisdicción la Junta Administradora y dividiendo por veinte.

4. El monto de los honorarios mensuales no puede exceder lo que reciba el alcalde local como sueldo mensual, incluidos los gastos de representación en caso de que existan.

Transcríbase en sendas copias auténticas a los señores Ministro de Gobierno y Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

Roberto Suárez Franco, Presidente de la Sala, *Javier Henao Hidrón, César Hoyos Salazar, Luis Camilo Osorio Isaza, Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.*

CONSULTA NUMER0 177

(22 se agosto de 1995)

BANCO DE LA REPUBLICA -Naturaleza Jurídica / JUNTA DIRECTIVA DEL BANCO DE LA REPUBLICA - Conformación.

La Constitución de 1991 concibe al Banco de la República como una institución que, destinada a ejercer las funciones de banca central, estará organizada como persona jurídica de derecho público, con autonomía administrativa, patrimonial y técnica, sujeta a un régimen legal propio. Su Junta Directiva será la autoridad monetaria, cambiaria y crediticia, conforme a las funciones que le asigne la ley, tendrá a su cargo la dirección y ejecución de las funciones del Banco y estará conformada por siete miembros: el Ministro de Hacienda, quien la presidirá, el Gerente del Banco de la República, y cinco personas, de dedicación exclusiva, nombradas por el Presidente de la República (ibidem, artículo 372).

Autorizada su publicación con oficio 00481 de 10 de octubre de 1995.

Consejero Ponente: *Javier Henao Hidrón.*

Bogotá, D.C., veintidós (22) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Referencia: Consulta sobre si existe alguna incompatibilidad al Gerente del Banco de la República para ser miembro de la Junta Directiva del Icetex.

Radicación número 717.

El señor Ministro de Educación Nacional, luego de transcribir la parte pertinente del artículo 5° del Decreto 2129 de 1992 sobre integración de la Junta Directiva del Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior - Mariano Ospina Pérez - Icetex (en donde se incluye como miembro de la misma al gerente del Banco de la República) y el artículo 31, literal e) de la Ley 31 de 1992, que señala como incompatibilidad de los miembros de la Junta Directiva del Banco de la República (de la cual forma parte el gerente de dicho Banco) la de "ser representante legal, director o accionista de cualquier institución sometida a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Bancaria o de Valores con una participación superior al 10% del capital suscrito, durante el ejercicio de su cargo", formula a la Sala siguiente consulta:

"¿Existe alguna incompatibilidad al Gerente del Banco de la República para ser miembro de la Junta Directiva del Icetex?

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE:

I. Naturaleza del Banco de la República. La Constitución de 1991 concibe al Banco de la República como una institución que, destinada a ejercer las funciones de banca central, estará organizada como persona jurídica de derecho público, con autonomía administrativa, patrimonial y técnica, sujeto a un régimen legal propio.

Su Junta Directiva será la autoridad monetaria, cambiaria y crediticia, conforme a las funciones que le asigne la ley, tendrá a su cargo la dirección y ejecución de las funciones del Banco y estará conformada por siete miembros: el Ministro de Hacienda, quien la presidirá, el gerente del Banco de la República, y cinco personas, de dedicación exclusiva, nombradas por el Presidente de la República (ibidem, artículo 372).

II. La ley a la cual deberá sujetarse al Banco de la República para el ejercicio de sus funciones. - Con fundamentos en los artículos 372 y 150, numeral 22, de la Constitución Política, el Congreso expidió la Ley 31 de 1992, a la cual deberá ceñirse no solamente el Banco de la República para el ejercicio de sus funciones sino también el Gobierno Nacional para señalar el régimen de cambio internacional, para la expedición de los estatutos del Banco y para el ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control del mismo.

La ley mencionada establece el régimen propio del Banco de la República y, como es apenas lógico, dedica uno de sus capítulos a la Junta Directiva. Tras reiterar que el Gerente General del Banco es miembro de ella (artículos 28 y 37), señala la siguiente incompatibilidad:

"Artículo 31. Los miembros de la Junta Directiva no podrán:

(...)

e) Ser representante legal, director o accionista de cualquier institución sometida a la inspección y vigilancia de las Superintendencia Bancaria o de Valores con una participación superior al 10% del capital suscrito, durante el ejercicio de su cargo".

Respecto de la concreta incompatibilidad transcrita, el parágrafo 2° del mismo artículo trae una excepción: no se aplicará respecto de la participación del Gerente General del Banco de la República en la Junta Directiva del Fondo de Garantías e Instituciones Financieras.

III. La Junta Directiva del Icetex. En ejercicio de las facultades que le confería el artículo transitorio 20 de la Constitución expedida el 7 de julio de 1991, el Presidente de la República dictó un decreto especial, con fuerza de ley, mediante el cual procedió a disponer la reestructuración del Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior -Mariano Ospina Pérez - Icetex. Es el Decreto 2129 de 29 de diciembre de 1992.

Allí se dispone que el Icetex continuará funcionando como un establecimiento público del orden nacional adscrito al Ministerio de Educación Nacional y que su dirección estará a cargo de una Junta Directiva y un Director, quien será su representante legal.

Al integrar la Junta Directiva, lo hace con el Ministro de Educación Nacional o el Viceministro, quien la presidirá, un representante de las universidades oficiales, un representante de las universidades privadas, un representante de las entidades territoriales que hayan hecho aportes al patrimonio del Instituto, un representante de las entidades que han constituido fondos para ser administrados por la Institución e incluye, además, al gerente del Banco de la República o su delegado.

Entre las funciones del Icetex se encuentran la de celebrar operaciones de crédito interno y externo, relacionadas con su objeto; administrar los programas que el Gobierno Nacional le confíe para promover el financiamiento de la educación superior (ibidem, artículo 3°), además de la prevista en la Ley 18 de 1988 que le permite captar ahorro interno y crear los títulos de ahorro educativo, TAE, atribución respecto de la cual el consultante transcribe el siguiente aparte: "Las captaciones a que se refieren los artículos primero y segundo de esta ley quedarán bajo el control de la Superintendencia Bancaria, de acuerdo con las disposiciones legales vigentes sobre la materia" (ibidem, parágrafo 3° del artículo 2°). De modo similar, el Decreto 2129 de 1992 dispone:

"Corresponde a la Superintendencia Bancaria la vigilancia y control de las actividades financieras del Icetex relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados al público" (parágrafo del artículo 3°).

IV. La colisión normativa planteada. El consultante plantea la situación de aparente contradicción que se presenta entre normas de la misma jerarquía, una ley y un decreto con fuerza de ley, en cuanto el primero establece una incompatibilidad para el gerente del Banco de la República en su calidad de miembro de la Junta Directiva de la misma institución y el segundo lo hace miembro de la Junta Directiva del Icetex.

La Ley es la 31 de 1992 (diciembre 31), promulgada en el Diario Oficial número 40.707 de 4 de enero de 1993. Y el decreto-ley es el distinguido con el número 2129 de 29 de diciembre de 1992, promulgado en el Diario Oficial número 40.704 de 31 de diciembre del mismo año. Lo cual significa que la ley es posterior al decreto.

La ley contiene el régimen propio del Banco de la República y, como tal, es de aplicación preferente en todos los asuntos relacionados con el ejercicio de sus funciones. En cambio, el decreto-ley contiene las normas reogánicas del Icetex y, como tal, regula su naturaleza, objetivo y funciones, dirección y administración, su patrimonio, el régimen jurídico de los actos que expida y de los contratos que celebre, y establece algunas disposiciones laborales de carácter transitorio.

La incompatibilidad para el gerente, en su condición de miembro de la Junta Directiva del Banco de la República, consiste en que no podrá ser durante el ejercicio de su cargo y en relación con cualquier institución sometida a la inspección y vigilan-

cia de la Superintendencia Bancaria o la Superintendencia de Valores (con la salvedad del Fondo de Garantías e Instituciones Financieras), ni representante legal, ni director, ni accionista con una participación superior al 10% del capital suscrito.

Dentro del ámbito de la prohibición, la Ley 31 de 1992 emplea el término "representante legal" y en seguida, el de "director". Este es el que dirige, o sea, conforme al diccionario de la lengua española, la persona a cuyo cargo está el régimen o dirección de un negocio, cuerpo o establecimiento especial. Pues bien, la dirección del Icetex "estará a cargo de una Junta Directiva y de un Director, quien será su representante legal", según la expresión empleada por el Decreto-ley 2129 de 1992 (artículo 4°), que no hace sino continuar con la línea demarcada para los establecimientos públicos por el Decreto-ley 1050 de 1968, a cuyo tener la dirección de esta especie de entidades descentralizadas estará a cargo de una Junta o Consejo Directivo, que siempre presidirá un ministro o un jefe de Departamento Administrativo o su delegado, y un gerente, director o presidente, que será su representante legal (ibidem, artículo 25). Y el artículo siguiente de este último decreto, confirma para la Junta o Consejo Directivo la calidad de órgano supremo de dirección y administración, encargado de orientar las actividades de la respectiva institución.

Entendido el vocablo "director" en el sentido indicado, surge para el gerente del Banco de la República el impedimento para serlo, ya no tan solo como representante legal sino también como miembro de la Junta Directiva de "cualquier institución sometida a la inspección y vigilancia de las Superintendencias Bancarias o de Valores". Y este es precisamente el caso del Icetex, que por el ejercicio de actividades financieras relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público, está sometido a la vigilancia y control de la Superintendencia Bancaria.

(Ley 18 de 1988 y de Decreto 2129 de 1992).

Por consiguiente, en relación con el gerente del Banco de la República es menester dar aplicación a las normas de la Ley 31 de 1992, que, por ser disposiciones posteriores especiales, predominan sobre las contenidas en el Decreto-ley 2129 del mismo año.

CON FUNDAMENTO EN LAS CONSIDERACIONES EXPUESTAS, LA SALA RESPONDE:

El gerente del Banco de la República tiene incompatibilidad para ser miembro de la Junta Directiva del Icetex.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, al Ministro de Educación Nacional y al Secretario Jurídico de la Presidencia de la República (C.C.A., artículo 112).

Roberto Suárez Franco, Presidente de la Sala, Javier Henao Hidrón, César Hoyos Salazar, Luis Camilo Osorio Isaza, Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

CONSULTA NUMERO 713

(13 de agosto de 1995)

CORPORACION AUTONOMA REGIONAL - Antecedentes / CORPORACION PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE - Concepto.

En Colombia las corporaciones autónomas regionales fueron incorporadas al ordenamiento constitucional en la Reforma de 1968, de conformidad con lo cual correspondía a la ley "expedir los estatutos básicos de las corporaciones autónomas regionales y otros establecimientos públicos". De igual manera, y por fuera de la división general o político administrativa del Estado, era admisible que la ley estableciera otras divisiones, que a partir de entonces incluyeron no solamente "lo fiscal, lo militar, y la instrucción pública", sino también "la planificación y el desarrollo económico social".

Con la Constitución de 1991 y la expedición de la Ley 99 de 1993 - que crea el Ministerio del Medio Ambiente y organiza el Sistema Nacional Ambiental-, las corporaciones autónomas regionales son concebidas de manera distinta y admiten una nueva modalidad: las corporaciones para el desarrollo sostenible. Entonces se las define como entes corporativos de carácter público, creados por la ley, integrados por las entidades territoriales que por sus características constituyen geográficamente un mismo ecosistema o conforman una entidad geopolítica, biogeográfica o hidrogeográfica, dotados de autonomía administrativa y financiera, patrimonio propio y personería jurídica, encargados de administrar, dentro del área de su jurisdicción, el medio ambiente y los recursos naturales renovables y propender a su desarrollo sostenible, de conformidad, son las disposiciones legales y las políticas del Ministerio del Medio Ambiente.

Autorizada su publicación con oficio número 377 de 5 de septiembre de 1995.

CORPORACION AUTONOMA DE CUNDINAMARCA - Conformación del consejo directivo / CORPORACION AUTONOMA DE CUNDINAMARCA - Jurisdicción.

El Alcalde Mayor de Santa Fe de Bogotá, Distrito Capital tiene derecho a formar parte del Consejo Directivo de la Corporación Autónoma de

Cundinamarca -CAR- en virtud de lo dispuesto por el literal a), artículo 26 de la Ley 99 de 1993. La Corporación Autónoma Regional de las Cuencas de los Ríos Bogotá, Ubaté y Suárez, CAR, de cuya junta directiva hacían parte tanto los gobernadores de Cundinamarca y Boyacá como el Alcalde Mayor del Distrito (Ley 62 de 1983, artículo 6º), al ser reestructurada por la Ley 99 de 1993, conservó la misma sigla pero cambió de nombre: ahora es la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca. Su jurisdicción comprende no solamente el departamento de Cundinamarca -con excepción de algunos municipios que han sido incorporados a otras corporaciones de la misma especie- sino parte del departamento de Boyacá y todo el territorio del Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá. Esta ciudad, además, será su sede principal. Del nuevo Consejo Directivo de la CAR continuarán formando parte, entre otros, los gobernadores de Cundinamarca y Boyacá, pero no se incluye expresamente al Alcalde Mayor de Santa Fe de Bogotá, a pesar de que las corporaciones autónomas regionales, por definición están integradas por entidades territoriales y aquélla tendrá también jurisdicción en el Distrito Capital.

Tampoco es posible incluirlo dentro de la participación que se otorga, en número de "hasta cuatro", a los alcaldes municipales que desempeñan su cargo dentro del territorio de la jurisdicción de la corporación. Sin embargo, dadas la naturaleza, características y ámbito de jurisdicción de la CAR, por una parte, y por la otra sus vinculaciones con el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, esa exclusión es apenas aparente. El Alcalde Mayor es, en efecto, además del representante legal del Distrito Capital y el jefe de Gobierno de la administración distritales, quien por mandato legal ejerce en su jurisdicción "las atribuciones que la Constitución y la ley asignen a los gobernadores", luego resulta imperativo concluir que su derecho a participar como miembro del Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca se deriva, ciertamente, del precepto contenido en el artículo 26 de la Ley 99 de 1993.

Autorizada su publicación con oficio número 377 de 5 de septiembre de 1995.

Consejero Ponente: *Javier Henao Hidrón.*

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Referencia: Consulta sobre el derecho que le pueda asistir al Alcalde Mayor de Bogotá para formar parte del Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca.

Radicación número 713.

El señor Ministro de Gobierno, hoy del Interior, dice que a solicitud del Alcalde Mayor de Santa Fe de Bogotá, D.C., desea conocer el concepto de esta Sala en relación con el derecho que le pueda asistir al Alcalde Mayor de la Capital de la República para formar parte del Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca, CAR.

Luego de algunas transcripciones de carácter legal, el señor Ministro formula textualmente la siguiente consulta:

"¿Tiene el Alcalde Mayor de Santa Fe de Bogotá, Distrito Capital derecho a formar parte del Consejo Directivo de la Corporación Autónoma de Cundinamarca - CAR- en virtud de lo dispuesto por el literal a), artículo 26 de la Ley 99 de 1993?"

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE:

I. Las Corporaciones Autónomas Regionales. Con antecedentes en la década de los años cincuenta, en Colombia las corporaciones autónomas regionales fueron incorporadas al ordenamiento constitucional en la Reforma de 1968, de conformidad con la cual correspondía a la ley "expedir los estatutos básicos de las corporaciones autónomas regionales y otros establecimientos públicos". De igual manera, y por fuera de la división general o político- administrativo del Estado, era admisible que la ley estableciera otras divisiones, que a partir de entonces incluyeron no solamente "lo fiscal, lo militar, y la instrucción pública", sino también "la planificación y el desarrollo económico y social".

Con la Constitución de 1991 y la expedición de la Ley 99 de 1993 -que crea el

Ministerio del Medio Ambiente y organiza el Sistema Nacional Ambiental-, las corporaciones autónomas regionales son concebidas de manera distinta y admiten una nueva modalidad: las corporaciones para el desarrollo sostenible. Entonces se las define como entes corporativos de carácter público, creados por la ley, integrados por las entidades territoriales que por sus características constituyen geográficamente un mismo ecosistema o conforman una unidad geopolítica, biogeográfica o hidrogeográfica, dotados de autonomía administrativa y financiera, patrimonio propio y personería jurídica, encargados de administrar, dentro del área de su jurisdicción, el medio ambiente y los recursos naturales renovables y propender a su desarrollo sostenible, de conformidad con las disposiciones legales y las políticas del Ministerio del Medio Ambiente.

Sus órganos principales de dirección y administración son la Asamblea Corporativa, el Consejo Directivo y el Director General.

Respecto del Consejo Directivo, la Ley 99 de 1993 lo conforma por "el gobernador o los gobernadores de los departamentos sobre cuyo territorio ejerza jurisdicción la corporación autónoma regional, o su delegado o delegados", a quien corresponderá

presidirlo, salvo si fueren varios los gobernadores, caso en el cual los estatutos definirán lo relativo a la presidencia, y, además, por un representante del Presidente de la República, un representante del Ministerio del Medio Ambiente, un representante de las comunidades indígenas o etnias, dos representantes del sector privado, dos representantes de entidades sin ánimo de lucro, y "hasta cuatro alcaldes de los municipios comprendidos dentro del territorio de la jurisdicción de la Corporación, elegidos por la Asamblea Corporativa" (ibidem, artículo 26).

II. La Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca. - Creada por la Ley 3ª de 1961, la Corporación Autónoma Regional de la Sabana de Bogotá y de los Valles de Ubaté y Chiquinquirá, CAR, extendió el área de su jurisdicción a la totalidad de la cuenca del río Bogotá y cambió su denominación por la de Corporación Autónoma Regional de las Cuencas de los ríos Bogotá, Ubaté y Suárez, por disposición de la Ley 62 de 1983, la misma que integró su Junta Directiva así: el jefe del Departamento Nacional de Planeación, quien la presidirá, o su delegado; un principal y un suplente designados por el Presidente de la República; **el Alcalde Mayor de Bogotá** o su delegado; el gobernador de Cundinamarca o su delegado; el gobernador de Boyacá o su delegado, y el GerenteGeneral del Inderena o su delegado (ibidem artículo 6º).

Finalmente, la Ley 99 de 1993 dispone que la Corporación Autónoma Regional de las Cuencas de los ríos Bogotá, Ubaté y Suárez, CAR, se denominará Corporación Autónoma Regional de Cundimarca, CAR, y tendrá jurisdicción en el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá y el territorio del departamento de Cundinamarca, con excepción de los municipios incluidos en la jurisdicción de la Corporación Autónoma Regional del Guavio y los municipios del departamento de Cundinamarca que hacen parte de la jurisdicción de la Corporación Autónoma Regional de la Orinoquia. Su jurisdicción incluye los municipios de Chiquinquirá, Saboyá, San Miguel de Sema, Caldas, Buenavista y Ráquira en el departamento de Boyacá. Tendrá su sede principal en Santa Fe de Bogotá, y establecerá una subsede en Fusagasugá (ibidem, art. 33).

III. Distrito Capital. Conservando su doble condición de capital de la República y del departamento de Cundinamarca, el constituyente de 1991 transformó el Distrito Especial de Bogotá en Distrito Capital en Santa Fe de Bogotá, con sujeción a un régimen político, fiscal y administrativo que será el que determinen la Constitución, las leyes especiales que para el mismo se dicten y las disposiciones vigentes para los municipios (art. 322 de la C. P.). En desarrollo del artículo 41 transitorio de la Constitución fue expedido el régimen especial del Distrito Capital, mediante el Decreto-ley 1421 de 1993, en el cual se disponen –siguiendo la tradición legislativa de sus estatutos orgánicos anteriores, que datan de 1954 y 1968, respectivamente– los siguientes principios fundamentales:

– Que las atribuciones administrativas que la Constitución y las leyes confieren a los departamentos se entienden otorgadas al Distrito Capital. Obviamente, en lo que fuere compatible con el régimen especial de este último, y sin perjuicio de las prerrogativas políticas, fiscales y administrativas que el ordenamiento jurídico concede al departamento de Cundinamarca.

– Que las disposiciones de la asamblea y de la gobernación de Cundinamarca no rigen en el territorio del Distrito. La única salvedad hace relación a las rentas departamentales que, conforme a la ley, deben recaudarse en el Distrito.

– Que el Concejo Distrital ejerce, de conformidad con lo dispuesto en el régimen especial distrital, las atribuciones que la Constitución y las leyes asignen a las asambleas departamentales. Y,

– Que el alcalde mayor ejerce, con sujeción al régimen especial distrital, las atribuciones que la Constitución y la ley asignen a los gobernadores (arts. 7°, 12 numeral 23 y 38 numeral 19).

Por su naturaleza de Distrito Capital se agregan otros principios básicos, ya de origen constitucional: la atribución al Concejo para dividir el territorio distrital en localidades, en cada una de las cuales habrá un alcalde local y una junta administradora; la separación electoral con respecto a Cundinamarca; la opción de incorporar municipios circunvecinos si así lo determinan los ciudadanos que residan en ellos mediante votación popular cuando el Concejo Distrital haya manifestado su acuerdo con esta vinculación, y la posibilidad de conformar una región con otras entidades territoriales de carácter departamental.

IV. La CAR y el alcalde mayor. La Corporación Autónoma Regional de las Cuencas de los Ríos Bogotá, Ubaté y Suárez, CAR, de cuya junta directiva hacían parte tanto los gobernadores de Cundinamarca y Boyacá como el alcalde mayor del distrito (Ley 62 de 1983, art. 6°), al ser reestructurada por la Ley 99 de 1993, conservó la misma sigla pero cambió de nombre: ahora es la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca. Su jurisdicción comprende no solamente el departamento de Cundinamarca –con excepción de algunos municipios que han sido incorporados a otras corporaciones de la misma especie– sino parte del departamento de Boyacá y todo el territorio del Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá. Esta ciudad, además, será su sede principal.

Del nuevo Consejo Directivo de la CAR continuarán formando parte, entre otros, los gobernadores de Cundinamarca y Boyacá, pero no se incluye expresamente al alcalde mayor de Santa Fe de Bogotá a pesar de que las corporaciones autónomas regionales, por definición, están integradas por entidades territoriales y que aquella tendrá también jurisdicción en el Distrito Capital. Tampoco es posible incluirlo dentro de la participación que se otorga, en número de "hasta cuatro", a los alcaldes municipales que desempeñan sus cargos dentro del territorio de la jurisdicción de la Corporación.

Sin embargo, dadas la naturaleza, características y ámbito de jurisdicción de la CAR, por una parte, y por la otra sus vinculaciones con el Distrito Capital de Bogotá, esa exclusión es apenas aparente. El alcalde mayor es, en efecto, además del representante legal del Distrito Capital y el jefe de gobierno y de la administración distritales, quien por mandato legal ejerce en su jurisdicción "las atribuciones que la Constitución

y la ley asignen a los gobernadores", luego resulta imperativo concluir que su derecho a participar como miembro del Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca se deriva, ciertamente, del precepto contenido en el artículo 26 de la Ley 99 de 1993, en cuanto dispone que dicho Consejo estará conformado por:

"a) El gobernador o los gobernadores de los departamentos sobre cuyo territorio ejerza jurisdicción la Corporación Autónoma Regional, o su delegado...".

En conformidad con lo expuesto, la Sala responde afirmativamente la pregunta formulada por el consultante, en el sentido de que el alcalde mayor de Santa Fe de Bogotá o su delegado tiene derecho a formar parte del Consejo Directivo de la CAR.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a los señores Ministro del Interior y Secretario Jurídico de la Presidencia de la República (C. C. A., art. 112).

Roberto Suárez Franco, Presidente de la Sala; Javier Henao Hidrón, César Hoyos Salazar, Luis Camilo Osorio Isaza.

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

CONSULTA NUMERO 719

(28 de agosto de 1995)

DIMAR - Facultades / INCORA - Facultades.

La Dirección General Marítima y Portuaria –DIMAR– tiene competencia para "regular, autorizar y controlar las concesiones y permisos en las aguas, terrenos de bajamar, playas y demás bienes de uso público en las áreas de su jurisdicción" de conformidad con los términos del Decreto 2324 de 1984 estas funciones no han sido derogadas, ni limitadas por la Ley 160 de 1994 sobre reforma agraria ni por ninguna otra. La Dirección General Marítima y Portuaria ejerce las funciones que el artículo 4° del Decreto 2324 de 1984 le atribuye dentro del ámbito territorial señalado en el artículo 2° del mismo estatuto. El Instituto Colombiano de la Reforma Agraria –INCORA– tiene competencia para ejercer sus funciones en relación con predios rurales baldíos o no, susceptibles de propiedad por particulares, lo mismo que sobre playones y sabanas comunales; además para adelantar los procedimientos de "clarificación de la propiedad" de las tierras y delimitar las pertenencias tanto a la Nación, como las de los particulares, de conformidad con la Ley 160 de 1994 y sus Decretos Reglamentarios 2663 y 2664 de 1994.

Autorizada su publicación con oficio número 8954 del 31 de agosto de 1995.

Santa Fe de Bogotá, D. C., agosto veintiocho (28) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: *Doctor Luis Camilo Osorio Isaza.*

Radicación: Número 719.

Referencia: Distinción entre la función de deslinde de inmuebles de propiedad de la Nación, por parte del Incora y la de preservación del uso público de playas y terrenos de bajamar, asignada a la Dirección General Marítima y Portuaria.

El Ministro de Defensa encargado formula a la Sala la siguiente consulta:

"¿Ha perdido la competencia la Dirección General Marítima para preservar el uso público (sic) en su jurisdicción? ¿Es que nunca se ha tenido? ¿Cuál es el ámbito de competencia de cada autoridad en este asunto?"

ANTECEDENTES

Según el consultante, "algunas autoridades regionales de la Reforma Agraria y de la Procuraduría Agraria con jurisdicción en Barranquilla" señalan respecto de la competencia para la preservación de los bienes de uso público –playas y terrenos de bajamar– ejercida por la Dirección General Marítima y Portuaria –DIMAR– que en su criterio, la legislación correspondiente fue derogada por las normas sobre deslinde y custodia de bienes de uso público contenidas en la Ley 160 de 1994, por la cual se creó el sistema nacional de reforma agraria y desarrollo rural campesino. Esta situación ha conducido a afirmar por sus funcionarios que a ellas corresponde "determinar el carácter de uso público de los bienes, quedando la intervención de la autoridad marítima relegada a una colaboración en el suministro de peritos y otras pruebas útiles a la investigación".

Por otra parte, la consulta plantea que las funciones fijadas por la ley, tanto a las autoridades de la reforma agraria como a la Dirección General Marítima y Porturaria, "una de deslindar y la otra policiva jurisdiccional de preservación del uso público", competen respectivamente a cada una de las instituciones y que lejos de constituir actividades excluyentes "son complementarias en el cumplimiento de los fines de defensa de los intereses nacionales propuestos por el Estado".

En cuanto a los objetivos y funciones del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria –INCORA– responsable del "Sistema Nacional de Reforma Agraria y Desarrollo Rural Campesino, la Ley 160 de 1994 determinó en el artículo 1° su objeto invocando, "el deber del Estado de promover el acceso progresivo a la propiedad de la tierra de los trabajadores agrarios y a otros servicios públicos rurales, con el fin de mejorar el ingreso y la calidad de vida de la población campesina".

Y para ello destacó, la necesidad de, "Promover y consolidar la paz,...; reformar la estructura social agraria,...; ¡apoyar a los campesinos de escasos recursos...; elevar el nivel de vida de la población campesina,...; fomentar la utilización social de las aguas...; acrecer el volumen global de la producción agrícola, ganadera, forestal y agrícola,...; promover el mejoramiento económico, social y cultural de la población rural...; garantizar a la mujer campesina e indígena... oportunidades...; regular la ocupación y aprovechamiento de las tierras baldías...".

Por otra parte, "las normas de deslinde que trae la Ley 160 de 1994 y sus decretos reglamentarios" atribuyen al Instituto Colombiano de Reforma Agraria, entre otras, las siguientes funciones:

"Son funciones del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria:

...

Num. 15. Clarificar la situación de las tierras desde el punto de vista de su propiedad, con el objeto de identificar las que pertenecen al Estado y facilitar el saneamiento de la propiedad privada.

Num. 16. Delimitar las tierras de propiedad de la Nación, de los de los particulares. También podrá adelantar procedimientos de deslinde de las tierras de resguardo y las pertenecientes a las comunidades negras, para los fines previstos en el artículo 48 de la presente ley.

... "(Las rayas fuera del texto; art. 12 Ley 160 de 1994).

Así mismo, el Decreto Reglamentario 2663 de 1994 se ocupó del desarrollo de los capítulos X y XIV de la Ley 160 de 1994 en lo relativo a los procedimientos de clarificación de la situación de las tierras desde el punto de vista de la propiedad, su delimitación o deslinde del dominio de la Nación y los relacionados con los resguardos indígenas y las tierras de las comunidades negras:

Algunos preceptos citados por el consultante son:

"Art. 19. **Definiciones:...**

Sabanas comunales. Zonas compuestas por terrenos baldíos planos cubiertos de pastos naturales, los cuales han venido siendo ocupados tradicionalmente con ganados en forma común por los vecinos del lugar.

Playa fluvial. La superficie plana o casi plana comprendida entre la línea de las bajas aguas de los ríos y aquélla donde lleguen éstas ordinariamente en su mayor crecimiento.

Playones nacionales. Los terrenos baldíos que periódicamente se inundan a consecuencia del mar de leva y de las avenidas de los ríos, lagos, lagunas y ciénagas. ...

Playa marítima. Zona de material no consolidado que se extiende hacia la tierra, desde la línea de la más baja marea, hasta el lugar donde se presenta un marcado cambio en el material, forma fisiográfica o hasta donde se inicie la línea de vegetación permanente, usualmente límite efectivo de las olas de temporal.

Terrenos de Bajamar. Los que se encuentran cubiertos por la máxima marea y quedan descubiertos cuando ésta baja".

En el mismo estatuto además se prevé la participación de la ciudadanía a fin de adelantar actividades de defensa de terrenos comunales mediante la conformación de juntas de defensa de terrenos comunales (ibidem, art. 38).

El decreto también reglamentario 2664 de 1994 hizo lo propio respecto del Capítulo XII del mismo estatuto, en lo referente a los procedimientos para la adjudicación de terrenos baldíos y su recuperación.

En lo atinente a la **competencia, funciones y jurisdicción de la Dirección General Marítima y Portuaria –DIMAR–** el Decreto-ley 2324 de 1984 reorganizó la entidad y la instituyó como:

"...la autoridad marítima nacional que ejecuta la política del Gobierno en materia marítima y tiene por objeto la regulación, dirección, coordinación y control de las actividades marítimas, en los términos que señala este decreto y los reglamentarios que se expidan para su cumplimiento y la promoción y estímulo del desarrollo marítimo del país" (art.4°).

El mismo estatuto al señalar las funciones y atribuciones de la entidad, le dio competencia, así:

Numeral 21: "Regular, autorizar y controlar las concesiones y permisos en las aguas, terrenos de bajamar, playas y además bienes de uso público en las áreas de su jurisdicción".

...

Numeral 27: "Adelantar y fallar las investigaciones por violación a las normas de Marina Mercante, por siniestros marítimos, por violación a las normas de reserva de carga, por contaminación del medio marino y fluvial de su jurisdicción, por construcciones indebidas o no autorizadas en los bienes de uso público y terrenos sometidos a la jurisdicción de la Dirección General Marítima y Portuaria, por violación a otras normas que regulan las actividades marítimas e imponer las sanciones correspondientes." (Decreto 2324 de 1984).

Finalmente el mismo Decreto 2324 de 1984 determina que la jurisdicción de la Dirección Marítima y Portuaria se extiende entre otros puntos, a lo señalado en el artículo 2:

"hasta el límite exterior de la zona económica exclusiva... en aguas interiores marítimas, islas, islotes y cayos litorales... incluyendo playas y terrenos de bajamar... y sobre los ríos..." (en los términos precisos señalados en la disposición).

Además, el decreto citado precisa en el artículo 166 que:

"Las playas, los terrenos de bajamar y las aguas marítimas son bienes de uso público, por tanto intransferibles a cualquier título a los particulares, quienes sólo podrán obtener concesiones, permisos o licencias para su uso y adecuado goce de acuerdo a la ley y a las disposiciones del presente decreto. En consecuencia, tales permisos o licencias no confieren título alguno sobre el suelo ni el subsuelo".

...

Parágrafo 2. Las costas de la Nación y las riberas del sector de los ríos de su jurisdicción en una extensión de 50 metros medidos desde la cima más alta creciente hacia adentro, están sometidas a la Dirección General Marítima y Portuaria" (las rayas fuera de texto).

LA SALA CONSIDERA:

La Constitución Política señala lo siguiente:

"Art. 63. Los bienes de uso público... y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables."

El Código Civil establece en el artículo 2519 que los bienes de uso público "no prescriben en ningún caso"; y el Código de Procedimiento Civil agrega en el artículo 407 sobre declaración de pertenencia,

"4ª. La declaración de pertenencia no procede respecto de bienes imprescriptibles o de propiedad de las entidades de derecho público".

Lo anterior para advertir que DIMAR tiene competencia sobre determinados bienes de uso público, mientras el INCORA, salvo la delimitación de éstos, opera sobre inmuebles susceptibles del derecho de propiedad por particulares (además de playones y sabanas comunales).

En principio sobre el género de bienes de uso público determinados por la ley corresponde ejercer las funciones a DIMAR; otra cuestión son la delimitación y las políticas de promover "el acceso progresivo a la propiedad de la tierra de los trabajadores agrarias", prevista en el artículo 64 ibidem para el INCORA.

Los bienes de uso público por mandato de la Constitución Política y definición de la ley no son objeto de adjudicación, ni pueden confundirse con baldíos ni con cualquier otro género de bienes objeto de las políticas sociales del INCORA.

La Ley 160 de 1994 pone de presente en el epígrafe el sentido del estatuto al señalar que con él se crea el sistema nacional de reforma agraria y desarrollo campesino para facilitar la adquisición de tierras a los trabajadores del campo a través de un subsidio que se maneja por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria y el artículo 1° destaca dentro de sus objetivos, la reforma de la estructura agraria del país, en orden a eliminar la inequitativa concentración de la propiedad rural y su fraccionamiento antieconómico.

A su vez, los decretos reglamentarios destinados a facilitar la aplicación y desarrollo de la reforma agraria establecen procedimientos administrativos muy concretos a cargo del INCORA para el acceso progresivo a la propiedad de la tierra por los trabajadores agrarios...; la promoción y consolidación de la paz en el campo...; el fomento de la producción...; el mejoramiento de la calidad de vida de la población campesina...; "la clarificación de la propiedad" para el deslinde de tierras de propiedad de la Nación, de los resguardos indígenas y de las adjudicadas a las comunidades negras, así como para la reglamentación sobre uso y manejo de playones y sabanas comunales y la adjudicación de baldíos.

Los objetivos y materias sobre los que se aplican las políticas agrarias del INCORA, no están en contradicción con las competencias y el campo de acción señalados a DIMAR, sino por el contrario, se complementan. Es una demostración de ello la reglamentación a cargo del INCORA, sobre uso y manejo de playones y sabanas comunales, contenida en el capítulo 6° del Decreto 2663 de 1994, artículos 35 a 42, los cuales se refieren a terrenos baldíos, materia distinta y que armoniza plenamente con el enunciado del artículo 166 del Decreto-ley 2324 de 1984, según el cual, los accidentes geográficos naturales objeto de la acción de DIMAR, son bienes de uso público.

En cuanto a las facultades de las juntas de defensa sobre los playones y sabanas previstas en el artículo 38 del Decreto-ley 2663 de 1994, respecto de las cuales podría pretenderse que están, por las mismas razones en conflicto con las atribuciones de DIMAR, en verdad no lo están por la misma razón expuesta, esto es, porque el objeto de su actuación es distinto: no es lo mismo playones y sabanas que playas, terrenos de bajamar "y además bienes de uso público"; los primeros, competencia del INCORA y de las juntas de defensa; los demás, a cargo de DIMAR cuando se encuentren en las zonas de su jurisdicción.

DIMAR como autoridad marítima nacional tiene a su cargo según el artículo 4º, Decreto 2324/84 el "control de las actividades marítimas", que incluye las relativas a los mares y ríos en los precisos términos del artículo 1°, así:

"**Nombre y naturaleza:** La Dirección General Marítima y Portuaria (DIMAR) es una dependencia del Ministerio de Defensa, agregada al comando de la Armada Nacional, cuya organización y funciones se regirán por las normas que establece el presente decreto, y por los reglamentos que se expidan para su cumplimiento".

No existe dificultad para que cada organismo cumpla la función que la ley le asigna sin invadir el campo del otro, si se parte de la base de que el mencionado decreto-ley orgánico de DIMAR es una norma especial con expresa delimitación del ámbito de la jurisdicción y competencia tanto en lo atinente a las zonas marítimas como a las fluviales, del mismo modo como el INCORA tiene establecido con exactitud en la ley y los decretos reglamentarios, su campo de acción; lo cual significa que,

– **La Dirección General Marítima y Portuaria** ejerce jurisdicción y en consecuencia tiene la dirección y circunscribe sus actividades a la regulación, autorización de concesiones y permisos en aguas, terrenos de bajamar, playas y demás bienes de uso público (art. 5° Decreto 2324/84).

– **Al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria** le corresponde en cuanto a los bienes de uso público, la clarificación de la propiedad del Estado en la forma prevista en el Decreto 2663 de 1994 y las demás funciones recaen sobre playones, sabanas comunales e inmuebles susceptibles de propiedad por particulares, incluidos los terrenos baldíos.

Resulta importante transcribir el artículo 2° del Decreto 2324 de 1984 para comprobar que se establece una competencia de control especial y muy precisa sobre áreas específicas y determinadas, así:

"Artículo 2°. Jurisdicción: La Dirección General Marítima y Portuaria ejerce su jurisdicción hasta el límite exterior de la zona económica exclusiva, en las siguientes áreas: aguas interiores marítimas, incluyendo canales intercostales y de tráfico marítimo; y todos aquellos sistemas marino y fluvio marinos; mar territorial, zona contigua, zona económica exclusiva, lecho y subsuelos marinos, aguas supradyacentes, litorales, incluyendo playas y terrenos de bajamar, puertos el país situados en su jurisdicción; islas, islotes y cayos y, sobre los ríos que a continuación se relacionan en las áreas indicadas:

1. Río Magdalena: Desde la desembocadura en Bocas de Ceniza hasta 27 kilómetros aguas arriba.

2. Río Guainía o río Negro: desde el raudal Venado en el Alto Guainía hasta la Piedra del Cocuy en el río Negro.

3. Río Amazonas: Desde la boca quebrada San Antonio hasta la boca Atacuarí.

4. Río Orinoco: Desde Puerto Carreño hasta la desembocadura del río Guasacabi en el Atabapo.

5. Río Meta: Desde Puerto Carreño hasta la desembocadura del caño de La Virgen cerca a la isla Manatí.

6. Río Arauca: Desde Montañita hasta la desembocadura del brazo Bayonero siguiendo el límite con Venezuela.

7. Río Putumayo: Desde los límites con Brasil hasta Puerto Asís, siguiendo el límite con Perú y Ecuador.

8. Río Vaupés: Desde Mitú hasta los límites con el Brasil.

9. Ríos Sinú, Atrato, Patía y Mina: Desde un kilómetro antes de la iniciación de sus deltas incluyendo sus desembocaduras en el mar.

10. Canal del Dique: En el trayecto que une sus desembocaduras en la Bahía de Cartagena hasta la desembocadura en la bahía de Barbacoas.

Parágrafo 1°. En virtud de los derechos del país como estado del (sic) pabellón la Dirección General Marítima y Portuaria ejercerá jurisdicción sobre los buques y artefactos navales, más allá del límite exterior de la zona económica exclusiva.

Parágrafo 2°. Las costas de la Nación y las riberas del sector de los ríos de su jurisdicción en una extensión de 50 metros medidos desde la línea de la más alta marea y más alta creciente hacia adentro, están sometidos a la Dirección General Marítima y Portuaria" (las rayas fuera de texto).

Debe destacarse la exactitud y el detalle con que se señala la jurisdicción de DIMAR. Además, la Sala subraya que el hecho de corresponder a la ley la definición de los bienes de uso público, aparece evidente en esta disposición –que tiene este carácter vinculatorio de ley– que a la franja de las playas marítimas y de las riberas fluviales, se suma una extensión de 50 metros más (según el texto transcrito, en el parágrafo 2) la cual también es bien de uso público y se encuentra bajo jurisdicción de DIMAR.

De conformidad con lo expuesto, las funciones del INCORA y de DIMAR no se oponen sino que se complementan, como ya se expresó, y la competencia de una entidad, no invade el campo de la otra si se entienden debidamente las respectivas facultades. Por lo demás, tampoco es del resorte de ninguno de los dos organismos

"determinar el carácter de uso público de los bienes..." –según los términos de la consulta– toda vez que esta atribución corresponde a la ley al efecto se expidió el artículo 166 del Decreto 2324 de 1984, con fuerza de ley, que dispone:

"Art. 166. Bienes de uso público. Las playas, los terrenos de bajamar y las aguas marítimas, son bienes de uso público, por tanto intransferibles a cualquier título a los particulares, quienes sólo podrán obtener concesiones, permisos o licencias para su uso y goce de acuerdo a la ley y a las disposiciones del presente decreto. En consecuencia, tales permisos o licencias no confieren título alguno sobre el suelo ni subsuelo".

Es cierto que los procedimientos de delimitación o deslinde de las tierras del dominio de la Nación y los relacionados con los resguardos indígenas y las tierras de las comunidades negras, así como los relativos a la adjudicación de baldíos, consagrados en los Decretos 2663 y 2664 están asignados al INCORA en forma expresa, pero ello no obsta para que DIMAR ejerza simultáneamente, en forma concomitante, su jurisdicción y las atribuciones de control y regulación en las aguas, terrenos de bajamar, playas y demás bienes geográficos de uso público que se encuentran dentro del ámbito de la competencia territorial que la ley le señala.

Conviene precisar que en términos análogos a los contenidos en el presente concepto se ha expresado la Sala el 4 de junio de 1990, radicación número 355, y el 30 de septiembre de 1994, radicación número 639, de cuyo texto puede destacarse lo siguiente:

"1°. El Decreto-ley 2324 de 1984, al reorganizar la Dirección General Marítima y Portuaria –DIMAR–, como dependencia del Ministerio de Defensa agregada al comando de la Armada Nacional, le atribuyó ser la autoridad marítima nacional que cumple las leyes, reglamentos y la política del gobierno sobre esta materia y tiene por objeto regular, dirigir, coordinar y controlar las actividades marítimas, en los términos del citado decreto".

Finalmente, y aun cuando no se ha mencionado en la consulta, la Ley 9ª de 1989 asigna competencia para regular el espacio público a los alcaldes municipales. Sobre este asunto también la Sala se pronunció en la primera consulta citada, para señalar que esta disposición, aunque posterior, no modifica la competencia de DIMAR y concluye que "prevalece el régimen especial de orden público asignado a DIMAR por el decreto con fuerza de Ley 2324 de 1984".

LA SALA RESPONDE:

1. La Dirección General Marítima y Portuaria –DIMAR– tiene competencia para "regular, autorizar y controlar las concesiones y permisos en las aguas, terrenos de bajamar, playas y demás bienes de uso público en las áreas de su jurisdicción" de conformidad con los términos del Decreto 2324 de 1984; estas funciones no han sido derogadas, ni limitadas por la Ley 160 de 1994 sobre reforma agraria ni por ninguna otra.

2. La Dirección General Marítima y Portuaria ejerce las funciones que el artículo 4° del Decreto 2324 de 1984 le atribuye dentro del ámbito territorial señalado en el artículo 2° del mismo estatuto.

El Instituto Colombiano de la Reforma Agraria –INCORA– tiene competencia para ejercer sus funciones en relación con predios rurales baldíos o no, susceptibles de propiedad por particulares, lo mismo que sobre playones y sabanas comunales; además para adelantar los procedimientos de "clarificación de la propiedad" de las tierras y delimitar las pertenecientes tanto a la Nación, como las de los particulares, de conformidad con la Ley 160 de 1994 y sus Decretos Reglamentarios 2663 y 2664 de 1994.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a los señores Ministros de Defensa y Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

Roberto Suárez Franco, Presidente de la Sala; *Javier Henao Hidrón, César Hoyos Salazar, Luis Camilo Osorio Isaza.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

CONSULTA NUMERO 723

(28 de enero de 1995)

CONCEJAL DEL DISTRITO CAPITAL - Remuneración / HONORARIOS DE CONCEJAL DEL D. C. - Liquidación / HONORARIOS DE CONCEJAL DEL D.C. - Factor salarial / ALCALDE MAYOR DEL DISTRITO CAPITAL - Remuneración.

La legislación especial del distrito capital no contempla la totalidad de los aspectos para definir la materia razón por la cual, conforme al artículo 322 de la Constitución Política inciso 2° se aplican las disposiciones vigentes para los municipios. Los factores salariales que se deben tener en cuenta para realizar la operación correspondiente a la liquidación de los honorarios de los concejales del Distrito Capital son los puntualizados en el artículo 87 de la Ley 136 de 1994 es decir, el salario básico y los gastos de representación. La remuneración del Alcalde Mayor es la señalada en abstracto para el cargo por el Concejal del Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, dentro de los límites establecidos por la Ley 136 de 1994.

Autorizada su publicación el 5 de septiembre de 1995.

Santa Fe de Bogotá, D. C., agosto veintiocho (28) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: *Doctor Luis Camilo Osorio Isaza.*

Radicación número 723.

Referencia: Factores de remuneración del Alcalde Mayor, que deben ser tenidos en cuenta para efecto de liquidar los honorarios de los Concejales del Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá.

El Ministro del Interior ha formulado a la Sala la siguiente consulta:

"a) De la remuneración del Alcalde Mayor, ¿cuáles de los siguientes factores se deben utilizar para realizar la operación matemática de liquidación de los honorarios de los Concejales del Distrito Capital?

– Sueldo básico

– Gastos de representación

– Prima técnica

– Prima de servicios

– Prima de navidad

– Primas extralegales devengadas de conformidad a convenios distritales.

b) La frase "la remuneración del Alcalde Mayor" ¿se refiere a los factores establecidos para el cargo en abstracto, o, a lo devengado por la persona natural que ejerce tal calidad en particular?

ANTECEDENTES

El Presidente del Concejo del Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, a cuyo pedido el Ministro del Interior elaboró las preguntas anteriores, hizo los siguientes planteamientos:

"1. El artículo 34 del Decreto-ley 1421 de 1993 señala honorarios y seguros:

A los concejales se les reconocerán honorarios por su asistencia a las sesiones plenarias y a las de las comisiones permanentes que tengan lugar en días distintos a los de aquellas. Por cada sesión a la que concurran, sus honorarios serán iguales a la remuneración mensual del alcalde mayor dividida por veinte (20).

En todo caso el monto de los honorarios mensuales de los concejales no excederá la remuneración mensual del alcalde mayor.

También tendrán derecho, durante el período para el cual fueron elegidos, a un seguro de vida equivalente a trescientos (300) salarios mínimos mensuales legales y a un seguro de salud. El alcalde contratará con una compañía autorizada los seguros correspondientes.

Cuando ocurran faltas absolutas, quienes llenen las vacantes correspondientes tendrá derecho a los beneficios a que se refiere este artículo, desde el momento de su posesión y hasta que concluya el período respectivo.

El pago de los honorarios y de las primas de los seguros aquí previstos estará a cargo del presupuesto de la corporación".

"2. La Ley 136 de 1994 en el parágrafo 1° del artículo 87 dispone:

PARAGRAFO 1. La asignación a que se refiere el presente artículo corresponde tanto al salario básico como a los gastos de representación.

Las categorías de salarios aquí señalados tendrán vigencia a partir del 1° de enero de 1994".

LA SALA CONSIDERA:

En desarrollo de los artículos 312 y 322 de la Constitución Política, que autorizaron a la ley para fijar los honorarios de los concejales, los artículos 87 y 88 de la Ley

136 de 1994 disponen que los concejos tienen competencia para señalar los salarios de los alcaldes dentro de unos rangos mínimos y máximos, según la categoría de los respectivos municipios, de conformidad con el siguiente texto:

"Artículo 87. Salarios y prestaciones: Los salarios y prestaciones de los alcaldes se pagarán con cargo a los respectivos presupuestos municipales. Los Concejos señalarán las asignaciones de los alcaldes de acuerdo con los siguientes criterios:

1. En los municipios clasificados en categoría especial, asignarán un salario entre veinte (20) y veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales.

....

Parágrafo 1°. La asignación a que se refiere el presente artículo corresponde tanto al salario básico como a los gastos de representación.

Artículo 88. Aprobación del salario del alcalde: El Concejo de acuerdo a la tabla señalada en el artículo anterior, determinará la asignación mensual que devengará su respectivo alcalde a partir del 1° de enero de cada año, entendiendo que los valores señalados corresponden tanto a sueldo básico como a gastos de representación, si hubiere lugar a ellos".

La misma disposición en el artículo 66, en relación con la remuneración de los concejales establece lo siguiente:

"Art. 66. Causación de honorarios. El pago de honorarios a los concejales se causará durante los períodos de sesiones ordinarias y extraordinarias que celebren estas corporaciones, y no tendrán efecto legal alguno con carácter de remuneración laboral ni derecho al reconocimiento de prestaciones sociales.

En los municipios de Categoría Especial, Primera y Segunda los honorarios serán equivalentes al ciento por ciento (100%) del salarios básico diario que corresponde al alcalde respectivo, por sesión, y hasta por veinte (20) sesiones en el mes".

La norma transcrita definió claramente que la asignación establecida en ella para los alcaldes, se constituye por el salario básico y los gastos de representación.

Con fundamento en esta disposición el Concejo del Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá dispuso por el Acuerdo número 1 de 1995 que la remuneración del Alcalde Mayor de la ciudad corresponde al máximo establecido por la Ley 136 de 1994; es decir, el señalado para los municipios clasificados en categoría especial y en cuantía equivalente a 25 salarios mínimos legales mensuales.

El Decreto-ley 1421 de 1993 "por el cual se fija el régimen especial para el Distrito Capital de Santa de Bogotá", señaló los honorarios de sus concejales por cada asistencia a las sesiones plenarias y de comisión celebradas por la corporación, en distintos días, a razón de la suma resultante de dividir por veinte la remuneración mensual del alcalde.

La legislación especial del distrito capital no contempla la totalidad de los aspectos para definir la materia razón por la cual, conforme al artículo 322 de la Constitución Política inciso 2° se aplican las disposiciones vigentes para los municipios.

Se estableció entonces un factor referido al monto de la operación señalada, con base en los artículos 87 parágrafo 1° y 88 de la Ley 136 de 1994, esto es, el salario básico y los gastos de representación que mensualmente devenga el Alcalde Mayor de Santa Fe de Bogotá.

La referencia concreta del artículo 34 del Decreto 1421 de 1993 a "la remuneración mensual" del Alcalde Mayor, permite también una respuesta semejante limitándola a los términos consignados en el aparte anterior; sin embargo, como quiera que la consulta pregunta qué factores salariales de los especificados en su texto son susceptibles de computarse en la liquidación de los honorarios de los concejales, se reitera que "la remuneración" del funcionario de acuerdo con el planteamiento precedente, se limita al máximo de veinticinco salarios mínimos mensuales que comprende, tanto su salario básico como los gastos de representación en un mes.

El Acuerdo 37 de 1993, expedido por el Concejo del Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá fijó al Alcalde Mayor una prima técnica, y conviene precisar al respecto como ya lo ha señalado la Sala en oportunidad anterior (Radicación número 716 del 14 de agosto de 1995) que tal prima, no obstante su carácter de factor salarial, no se tiene en cuenta habida consideración de que su establecimiento tiene por objeto conservar en el desempeño de un cargo o atraer a él personas de especiales calificaciones, lo cual evidentemente significa que su otorgamiento se produce "intuito personae".

Por lo demás, la Ley 136 de 1994 reglamentó la prima técnica para los empleados municipales en el artículo 184 de la siguiente manera:

"Art. 184. Estímulos al personal. Mediante acuerdo los concejos municipales podrán facultar a los alcaldes para que, en casos excepcionales hagan el reconocimiento y pago de primas técnicas a los servidores municipales altamente calificados que requieran para el desempeño de cargos cuyas funciones demanden la aplicación de conocimientos técnicos, científicos o especializados.

Los municipios adelantarán programas que aseguren a sus servidores la capacitación necesaria para cumplir a cabalidad las nuevas responsabilidades de esta entidad territorial, procurando el aumento de su capacidad de gestión.

Para estos efectos, a partir del año siguiente al de la vigencia de esta ley los municipios con una población superior a cien mil (100.000) habitantes, destinarán como mínimo una suma equivalente al uno por ciento (1%) de sus gastos de inversión, a la capacitación de los funcionarios municipales. Los demás municipios destinarán para ello, como mínimo una suma equivalente al dos por ciento (2%) de dichos gastos".

En consecuencia la prima técnica además de ser un reconocimiento a las calidades de un empleado, debe ser concedida por el alcalde, previa autorización del Concejo y ninguna de esas circunstancias se reúnen en el caso analizado.

De otro lado, debe precisarse que la remuneración (determinada por los factores señalados) corresponde a la establecida en abstracto sin tener en cuenta las circunstancias de las sumas efectivamente percibidas por la persona natural que ejerce el cargo de Alcalde Mayor.

LA SALA RESPONDE:

1. Los factores salariales que se deben tener en cuenta para realizar la operación correspondiente a la liquidación de los honorarios de los concejales del Distrito Capital son los puntualizados en el artículo 87 de la Ley 136 de 1994 es decir, el salario básico y los gastos de representación.

2. La remuneración del Alcalde Mayor es la señalada en abstracto para el cargo por el Concejo de Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, dentro de los límites establecidos por la Ley 136 de 1994.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a los señores Ministro de Gobierno y Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

Roberto Suárez Franco, Presidente de la Sala; *Javier Henao Hidrón, César Hoyos Salazar, Luis Camilo Osorio Isaza.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

CONSEJO DE ESTADO
BIBLIOTECA

CONSULTA NUMERO 714

(29 de agosto de 1995)

CONTRALORIA DEPARTAMENTAL - Presupuesto para su funcionamiento / CONTROL FISCAL MUNICIPAL - Costo / PRESUPUESTO DEPARTAMENTAL - Confirmación / CUOTAS DE AUDITAJE A ENTIDADES DESCENTRALIZADAS - Cobro.

El porcentaje del presupuesto destinado a la organización y funcionamiento de las Contralorías Departamentales, de que trata el artículo 245 del Decreto-ley 1222 de 1986, se toma del presupuesto general del departamento, compuesto por los presupuestos de los establecimientos públicos y el presupuesto departamental o de la administración central. El presupuesto departamental incluirá, si existieren, los excedentes financieros de las empresas industriales y comerciales del orden departamental y de las sociedades de economía mixta con el régimen de aquellas en que el departamento tenga participación. Igualmente incluirá las contribuciones parafiscales que ejecuten los órganos que forman parte del presupuesto general del departamento. El presupuesto respecto del cual se calcula o establece el porcentaje máximo que debe asignarse a la Contraloría Departamental, es el presupuesto general del departamento inicialmente aprobado por la Asamblea Departamental correspondiente. Las Contralorías Departamentales no están igualmente facultada para cobrar cuotas de auditaje a las entidades descentralizadas del respectivo departamento. El control fiscal de los municipios que no posean sus propias contralorías, debe entenderse que no tiene costo para los municipios y que las Contralorías Departamentales deben asumir los costos con base al porcentaje del presupuesto departamental a ellas destinado. Mientras no exista ley que las autorice, las Asambleas Departamentales no pueden establecer o autorizar a la Contraloría el cobro de auditaje a los municipios que no posean sus propias contralorías. Autorizada su publicación el 5 de septiembre de 1995.

PRESUPUESTO DEPARTAMENTAL - Elaboración / CONTRALORIA DEPARTAMENTAL - Porcentaje para su funcionamiento / APROPIACION

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

PRESUPUESTAL - Funcionamiento de Contralorías / CREDITO ADICIONAL PARA FUNCIONAMIENTO DE CONTRALORIAS - Finalidad y requisitos.

Si al elaborar el presupuesto general del departamento apropiando las partidas para todos los gastos, entre ellos el dos por ciento (2%) del mismo para que la Contraloría Departamental atienda la totalidad de sus gastos anuales, se encuentra que los ingresos legalmente autorizados son insuficientes, el gobierno departamental deberá presentar por separado un proyecto de ordenanza para que, dentro del marco legal de su competencia impositiva, cree nuevas rentas o modifique las existentes con el fin de atender los gastos no financiados. En dicho proyecto de ordenanza se harán los ajustes al proyecto de presupuesto de rentas hasta por el monto de los gastos no financiados. Conviene advertir que mientras se mantenga el desequilibrio entre los ingresos y las apropiaciones, el Gobierno está facultado para suspender mediante decreto las apropiaciones que no cuenten con financiación, igualmente está facultado para, en cualquier mes del año fiscal, reducir o aplazar total o parcialmente las apropiaciones presupuestales cuando estimare que los recaudos del año puedan ser inferiores al total de los gastos que con ellos han de pagarse, o que no fueren aprobados los recursos propuestos, o que los aprobados fueren insuficientes, o que no se perfeccionen los recursos del crédito autorizados (artículos 30 y 34 de la Ley 179 de 1994). El eventual aumento del monto de las apropiaciones para complementar las insuficientes, ampliar servicios existentes o establecer nuevos, lo trata la ley de presupuesto como créditos adicionales cuya apertura está sujeta, de manera rigurosa, a la existencia clara y precisa del recurso que ha de servir para hacerla. La específica finalidad de esos créditos adicionales permite deducir que con fundamento en ellos no puede hacerse un reajuste automático del porcentaje máximo de las apropiaciones inicialmente aprobadas para las Contralorías Departamentales.

Autorizada su publicación el 5 de septiembre de 1995.

ENTIDAD TERRITORIAL - Presupuesto / NORMA CONSTITUCIONAL - Aplicación / LEY ORGANICA DE PRESUPUESTO - Aplicación.

La programación, aprobación, modificación, ejecución de los presupuestos de las entidades territoriales y de las descentralizadas de cualquier nivel administrativo, se someten a lo ordenado por la Constitución –título XII– y por la ley orgánica de presupuesto, que corresponde a la 38 de 1989 con las modificaciones y adiciones que le introdujo la 179 de 1994.

Autorizada su publicación el 5 de septiembre de 1995.

PRESUPUESTO DEPARTAMENTAL - Composición / RECURSO DE CAPITAL.

El presupuesto general del departamento está compuesto por los presupuestos de los establecimientos públicos del orden departamental y el presupuesto departamental o de la administración central. Los presupuestos de los demás entes descentralizados no forman parte del presupuesto general del departamento. En el cálculo de los recursos de capital del presupuesto departamental se incluirá el excedente financiero de las empresas industriales y comerciales del Estado del orden departamental y de las sociedades de economía mixta con el régimen de aquellas. Al presupuesto general del departamento se incorporarán, también, las contribuciones parafiscales que ejecuten los órganos que forman parte del presupuesto general del Departamento.

Autorizada su publicación el 5 de septiembre de 1995.

NOTA DE RELATORIA: En igual sentido se reitera la sentencia del 19 de mayo de 1995, expediente 3150, Ponente: Doctor Yesid Rojas Serrano, Actor: Hugo Salazar Peláez.

Santa Fe de Bogotá, D. C., agosto veintinueve (29) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: *Doctor César Hoyos Salazar.*

Radicación número 714.

Referencia: Contralorías Departamentales. ¿Cómo se calcula su presupuesto? Pueden fijar cuotas de auditaje a entidades descentralizadas?

El señor Ministro de Gobierno, doctor Horacio Serpa Uribe, luego de transcribir los artículos 272 y 308 de la Constitución Nacional, el 245 del Decreto-ley 1222 de 1986, el artículo 156 de la Ley 136 de 1994, apartes de sentencias y pronunciamientos del Consejo de Estado en relación con la materia, formula a la Sala la siguiente consulta:

"Con base en lo anterior y en las previsiones del artículo 52 de la Ley 179 de 1994, se pregunta:

1. El porcentaje del presupuesto destinado a la organización y funcionamiento de las Contralorías Departamentales de que trata el artículo 245 del Decreto-ley 1222 de 1986, ¿se toma del presupuesto globalizado del departamento, incluyendo el de las entidades descentralizadas, o solamente el de la Administración Central?

2. El porcentaje del presupuesto departamental destinado a las Contralorías puede incrementarse con las posteriores adiciones presupuestales, ¿o solamente se calcula del presupuesto inicialmente aprobado?

3. ¿Están facultadas las Contralorías Departamentales para cobrar cuotas de auditaje a las entidades descentralizadas del respectivo departamento?

4. La disposición constitucional que ordena que las Contralorías Departamentales asuman el control fiscal de los municipios que no posean sus propias contralorías, debe entenderse como que tal función debe ser gratuita y que tales contralorías seccionales deban asumir los costos con base en los porcentajes del presupuesto departamental a ellas destinadas, o con base en la autonomía constitucional y legal de las entidades territoriales seccionales y locales, ¿están facultadas las Asambleas Departamentales para autorizar a las Contralorías para cobro de auditajes a los municipios que no posean sus propias contralorías, o dicha facultad solamente puede provenir de la Ley?"

1. CONSIDERACIONES:

1.1 Limitación del monto de las partidas para gastos de las contralorías departamentales

La facultad de limitar, por medio de la ley, los gastos de las Contralorías Departamentales, se remonta al Acto Legislativo número 1 de 1946 (inciso 2° del artículo 84 codificado como artículo 190); la reitera el Acto Legislativo número 1 de 1968 (artículo 59) y la mantiene el artículo 308 de la Carta Política de 1991.

En ejercicio de esta facultad, la Ley 6ª de 1958 en su artículo 6° dispuso:

"Las partidas anuales para gastos totales de las contralorías departamentales no podrán exceder, en ningún caso, y para cada departamento, del dos por ciento (2%) de sus respectivos presupuestos". Esta norma la reprodujo el artículo 245 del Decreto-ley 1222 de 1986".

1.2 Presupuesto respecto del cual se aplica el dos por ciento (2%) para gastos totales de las Contralorías Departamentales

La programación, aprobación, modificación, ejecución de los presupuestos de las entidades territoriales y de las descentralizadas de cualquier nivel admnistrativo, se someten a lo ordenado por la Constitución –título XII– y por la ley orgánica de presupuesto, que corresponde a la 38 de 1989 con las modificaciones y adiciones que le introdujo la 179 de 1994.

El artículo 52 de la Ley 179 de 1994, dispone:

"El artículo 94 de la Ley 38 de 1989, quedará así: Las entidades territoriales al expedir las normas orgánicas de presupuesto deberán seguir las disposiciones de la ley orgánica del presupuesto, adoptándolas a la organización, normas constitucionales y condiciones de cada entidad territorial. Mientras se expiden estas normas, se aplicará la ley orgánica del presupuesto, en lo que fuere pertinente..."

La Ley 38 de 1989, en sus artículos 2° y literal a) del 7°, sustituidos en su orden por los artículos 1° y 3° de la Ley 179 de 1994, estatuye:

Artículo 1°. El artículo 2° de la Ley 38 de 1989 quedará así:

"Cobertura del estatuto. Consta de dos niveles: un primer nivel que corresponde al presupuesto general de la Nación, compuesto por los presupuestos de los establecimientos públicos del orden nacional y el presupuesto nacional".

"El presupuesto nacional comprende las ramas legislativa y judicial, el Ministerio Público, la Contraloría General de la República, la organización electoral, y la rama ejecutiva del nivel nacional, con excepción de los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta".

"Un segundo nivel, que incluye la fijación de metas financieras a todo el sector público y la distribución de los excedentes financieros de las empresas industriales y comerciales del Estado, y de las sociedades de economía mixta con el régimen de aquellas, sin perjuicio de la autonomía que la Constitución y la ley les otorga."...

Artículo 3°. El literal a) del artículo 8° de la Ley 38 de 1989, quedará así:

"a) El presupuesto de rentas contendrá la estimación de los ingresos corrientes, las contribuciones parafiscales, los recursos de capital y los ingresos de los establecimientos públicos". Esta clasificación modifica las demás establecidas para el presupuesto general de la Nación en la Ley 38 de 1989.

La misma Ley 179, en su artículo 12, ordena incorporar al presupuesto general de la Nación las contribuciones parafiscales que ejecuten los órganos que forman parte del presupuesto general de la Nación. Y, respecto de los recursos de capital, su artículo 13 que sustituye el 21 de la Ley 38, expresa que comprenderán, entre otros:

... "el excedente financiero de los establecimientos públicos del orden nacional, y de las empresas industriales y comerciales del Estado del orden nacional y de las sociedades de economía mixta con el régimen de aquellas, sin perjuicio de la autonomía que la Constitución y la ley les otorga,...".

La expresión "excedentes financieros" es genérica y comprende las especies "superávit" de los establecimientos públicos, y "utilidades" de empresas industriales y comerciales del Estado (artículo 55 Ley 179/94).

El análisis del conjunto de disposiciones legales antes citadas permite concluir:

a) Que el presupuesto general del departamento está compuesto por los presupuestos de los establecimientos públicos del orden departamental y el presupuesto departamental o de la administración central. Los presupuestos de los demás entes descentralizados no forman parte del presupuesto general del departamento;

b) Que en el cálculo de los recursos de capital del presupuesto departamental se incluirá el excedente financiero de las empresas industriales y comerciales del Estado del orden departamental y de las sociedades de economía mixta con el régimen de aquellas;

c) Que al presupuesto general del departamento se incorporarán, también, las contribuciones parafiscales que ejecuten los órganos que forman parte del presupuesto general del departamento.

En sentencia de la Sección Primera del Consejo de Estado de mayo 19 de 1995, expediente número 3150, se llega a una conclusión semejante:

"...que la legislación en materia presupuestal dictada con posterioridad a la Ley 6ª de 1958, no ha derogado, ni expresa, ni tácitamente su artículo 6º del que se desprende que del presupuesto del departamento no hacen parte el de las entidades descentralizadas, denominadas empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta".

Por lo tanto, del presupuesto general del departamento, compuesto como se dijo atrás, se obtiene el dos por ciento (2%) que constituye la cifra límite de las partidas que el presupuesto de cada departamento puede destinar a la organización y funcionamiento de las Contralorías Departamentales, con sujeción al artículo 245 del Decreto-ley 1222 de 1986.

1.3 Presupuestos adicionales y presupuesto de la Contraloría

En virtud del principio de la universalidad, el presupuesto debe estimar todos los ingresos provenientes de impuestos, rentas, recursos y rendimientos por servicios o actividades, y los recursos de capital.

El artículo 347 de la Constitución ordena que:

"El proyecto de ley de apropiaciones deberá contener la totalidad de los gastos que el Estado pretenda realizar durante la vigencia fiscal respectiva"...

Este mismo artículo 347, ordena:

"Si los ingresos legalmente autorizados no fueren suficientes para atender los gastos proyectados, el Gobierno propondrá, por separado, ante las mismas comisiones que estudian el proyecto de ley de presupuesto, la creación de nuevas rentas o la modificación de las existentes para financiar el monto de gastos contemplados".

Y agrega:

"El presupuesto podrá aprobarse sin que se hubiere perfeccionado el proyecto de ley referente a los recursos adicionales, cuyo trámite podrá continuar su curso en el período legislativo siguiente."

La Ley 179 de 1994 en el inciso 2º del artículo 24, dispone:

"En dicho proyecto se harán los ajustes al proyecto de presupuesto de rentas hasta por el monto de los gastos desfinanciados".

Lo anterior significa que si al elaborar el presupuesto general del departamento apropiando las partidas para todos los gastos, entre ellos el dos por ciento (2%) del mismo para que la Contraloría Departamental atienda la totalidad de sus gastos anuales, se encuentra que los ingresos legalmente autorizados son insuficientes, el gobierno departamental deberá presentar por separado un proyecto de ordenanza para que, dentro del marco legal de su competencia impositiva, cree nuevas rentas o modifique las existentes con el fin de atender los gastos no financiados. En dicho proyecto de ordenanza se harán los ajustes al proyecto de presupuesto de rentas hasta por el monto de los gastos no financiados.

Conviene advertir que mientras se mantenga el desequilibrio entre los ingresos y las apropiaciones, el Gobierno está facultado para suspender mediante decreto las apropiaciones que no cuenten con financiación; igualmente está facultado para, en cualquier mes del año fiscal, reducir o aplazar total o parcialmente las apropiaciones presupuestales cuando estimare que los recaudos del año puedan ser inferiores al total de los gastos que con ellos han de pagarse, o que no fueren aprobados los nuevos recursos propuestos, o que los aprobados fueren insuficientes, o que no se perfeccionen los recursos del crédito autorizados (artículos 30 y 34 de la Ley 179 de 1994).

El eventual aumento del monto de las apropiaciones para complementar las insuficientes, ampliar servicios existentes o establecer nuevos, lo trata la ley de presupuesto como créditos adicionales cuya apertura está sujeta, de manera rigurosa, a la existencia clara y precisa del recurso que ha de servir para hacerla. La específica finalidad de esos créditos adicionales permite deducir que con fundamento en ellos no puede hacerse un reajuste automático del porcentaje máximo de las apropiaciones inicialmente aprobadas para las Contralorías Departamentales.

DE LO EXPUESTO SE EXTRAEN LAS SIGUIENTES CONCLUSIONES:

a) Que el presupuesto que se tiene en cuenta para efectuar el cálculo del porcentaje que debe asignarse a las Contralorías Departamentales, es el presupuesto general inicialmente aprobado;

b) Que la cantidad asignada para los gastos anuales de las Contralorías Departamentales, resultante de aplicar el dos por ciento (2%) al presupuesto general del departamento, es una cantidad máxima;

c) Que la apertura de créditos adicionales, por su especial destinación a complementar apropiaciones insuficientes, ampliar servicios existentes o establecer nuevos servicios autorizados por la ley, no permite un reajuste automático ni obligatorio del porcentaje máximo inicialmente aprobado para gastos de las Contralorías Departamentales.

1.4 Pueden las Contralorías Departamentales cobrar cuotas de auditaje a las entidades descentralizadas?

La posibilidad de cobrar cuotas de auditaje por parte de las Contralorías Departamentales a las entidades descentralizadas no tiene fundamento jurídico. En efecto, el artículo 267 de la Constitución, que ordena el control fiscal de esas entidades que manejan fondos o bienes de la Nación, dispone que dicho control se ejercerá en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley.

La Ley 42 de 1993 que regula los principios, sistemas y procedimientos de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal, no contiene norma que faculte a las Contralorías Departamentales para fijar cuotas de auditaje a las entidades descentralizadas.

Ahora bien, si en el presupuesto general del departamento para gastos de funcionamiento, servicio de la deuda pública e inversión, deben incluirse las partidas para gastos de la Contraloría Departamental, con la limitación impuesta en la ley, hay que entender que ellas no pueden percibir ninguna suma adicional por fuera de ese monto.

A lo anterior se agrega que, de conformidad con el artículo 54 de la Ley 42 de 1993, la Contraloría General de la República, en ejercicio de la autonomía presupuestal, elaborará cada año su proyecto de presupuesto de gastos o de apropiaciones. Dicha norma no se refiere en parte alguna a presupuesto de ingresos, porque obviamente las Contralorías no los tienen; aunque pueden imponer multas, pero ellas se incorporan como ingreso no tributario al presupuesto departamental. El referido artículo 54 se aplica a las Contralorías Departamentales por expreso mandado del artículo 65 de la mencionada ley.

No es posible entonces, que las Contralorías Departamentales puedan cobrar cuotas de auditaje a las entidades descentralizadas.

1.5 ¿Pueden las asambleas departamentales autorizar a las Contralorías Departamentales el cobro de cuotas de auditaje a los municipios

La vigilancia de la gestión fiscal de los municipios que carecen de Contraloría es una función pública que la Constitución asigna a las Contralorías Departamentales.

Para cumplir esta función, las Contralorías Departamentales dispondrán de unas partidas anuales que no podrán, en ningún caso, exceder del dos por ciento (2%) del presupuesto general del respectivo departamento. Esas partidas se apropian dentro del presupuesto de gastos.

Las Asambleas Departamentales, en materia de tributos y contribuciones, tienen una competencia subordinada a las disposiciones de la Constitución y de la ley. La autonomía administrativa de los departamentos se refiere al manejo de los bienes de su pertenencia; la competencia impositiva es una función cuyo ejercicio requiere ley que la autorice. No puede hablarse entonces, en sentido estricto, de autonomía impositiva de los departamentos.

Y, en cuanto a la autonomía presupuestal, y administrativa de las Contralorías, que predica el artículo 272 de la Constitución, esta Sala de Consulta ha dicho:

... "no significa que tengan o que se les deba reconocer personería jurídica, sino que los recursos necesarios para su funcionamiento deben ser manejados directa o exclusivamente por cada una de las entidades y que ellas deben ejercer sus funciones sin ninguna injerencia extraña de entidad, órgano o funcionario" (Radicación número 485, diciembre 11 de 1992).

No existe norma en la Constitución o la ley, que establezca o autorice crear tributos o contribuciones para las Contralorías Departamentales. Tampoco es posible establecer una renta contractual por razón de esa vigilancia de la gestión fiscal de los municipios, por cuanto ésta se cumple por mandato constitucional y no como prestación nacida de un contrato.

A las consideraciones anteriores pueden agregarse las expresadas en el punto 1.4; para concluir que, mientras no exista ley que las autorice, las Asambleas Departamentales no pueden establecer o autorizar el cobro de auditaje a los municipios que, por carecer de Contraloría, están sometidos al control fiscal de la departamental.

Si no es posible imponer costo alguno a los municipios por el cumplimiento de esa función pública de control fiscal, ha de entenderse que ésta es gratuita.

2. CON FUNDAMENTO EN LO EXPUESTO, LA SALA RESPONDE:

2.1 El porcentaje del presupuesto destinado a la organización y funcionamiento de las Contralorías Departamentales, de que trata el artículo 245 del Decreto-ley 1222 de 1986, se toma del presupuesto general del departamento, compuesto por los presupuestos de los establecimientos públicos y el presupuesto departamental o de la administración central. El presupuesto departamental incluirá, si existieren, los excedentes financieros de las empresas industriales y comerciales del orden departamental y de las sociedades de economía mixta con el régimen de aquellas en que el departamento tenga participación. Igualmente incluirá las contribuciones parafiscales que ejecuten los órganos que forman parte del presupuesto general del departamento.

2.2 El presupuesto respecto del cual se calcula o establece el porcentaje máximo que debe asignarse a la Contraloría Departamental, es el presupuesto general del departamento incialmente aprobado por la Asamblea Departamental correspondiente.

2.3 Las Contralorías Departamentales no están legalmente facultadas para cobrar cuotas de auditaje a las entidades descentralizadas del respectivo departamento.

2.4 El control fiscal de los municipios que no posean sus propias contralorías, debe entenderse que no tiene costo para los municipios y que las Contralorías Departamentales deben asumir los costos con base en el porcentaje del presupuesto departamental a ellas destinados.

Mientras no exista ley que las autorice, las Asambleas Departamentales no pueden establecer o autorizar a las Contralorías el cobro de auditaje a los municipios que no posean sus propias controlarías.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a los señores Ministro del Interior y Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

Roberto Suárez Franco, Presidente de la Sala; *Javier Henao Hidrón, César Hoyos Salazar, Luis Camilo Osorio Isaza.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

CONSULTA NUMERO 724

(29 de agosto de 1995)

FONDO NACIONAL DE CAMINOS VECINALES - Plazo para su reorganización / INFRAESTRUCTURA VIAL TERCIARIA - Vigencia de recursos / SUSPENSION DEL PROCESO DE LIQUIDACION DE CAMINOS VECINALES - Actos de transferencia vial.

La suspensión del proceso de liquidación del Fondo Nacional de Caminos Vecinales, debe entenderse respecto de los actos de transferencia vial que aún estén pendientes de terminarse. Esto significa que las vías de la red terciaria que se hayan transferido a los departamentos y los recursos entregados al Fondo de Cofinanciación de Vías, se mantienen vigentes; tanto los departamentos como el Fondo de Cofinanciación seguirán ejerciendo sus funciones respecto de las vías y recursos entregados. La Dirección General de Vías e infraestructura del Ministerio a través de la Subdirección de Caminos Vecinales deberá continuar con su función coordinadora con el fin de armonizar las actividades que realice el Fondo de Caminos Vecinales de acuerdo a sus nuevas atribuciones y aquellas obras que ya le fueron transferidas a los departamentos. La suspensión ordenada por el artículo 36 de la Ley 188 de 1995 difiere los actos tendientes a la liquidación del Fondo. En consecuencia, la entrega a FINDETER de los activos, el ejercicio de los derechos y obligaciones a cargo del Fondo, sólo se consolidará al concluir el proceso de liquidación, tal como lo ordena el artículo 127 del Decreto 2171 de 1992. Las funciones del Fondo de Caminos Vecinales, una vez reorganizado, lo cual debe ocurrir en el término de seis meses contados a partir del 5 de junio de 1995, comprenden la construcción, conservación y mantenimiento se refieren a las vías terciarias que a la fecha de vigencia de la Ley 188 no hubieren sido transferidas. Tales funciones estarán a cargo del Fondo Nacional de Caminos Vecinales hasta tanto los departamentos y municipios demuestren que están en capacidad para asumirlas mediante la comprobación ante el Gobierno Nacional (Ministerio de Transporte) de su aptitud técnica, económica y administrativa para el desarrollo de la estructura vial terciaria.

Autorizada su publicación con oficio número 032650 de 11 de septiembre de 1995.

FONDO NACIONAL DE CAMINOS VECINALES - Transferencias de vías terciarias / FONDO NACIONAL DE CAMINOS VECINALES - Funciones.

El Fondo Nacional de Caminos Vecinales deberá continuar transfiriendo las vías terciarias a los departamentos en cumplimiento del proceso de descentralización ordenado por la Constitución Política, y previa comprobación de la capacidad económica administrativa de éstos. Las normas sobre supresión del Fondo Nacional de Caminos Vecinales contenidas en el Decreto 2171 de 1992 (arts. 124, 125, 126 y 127) fueron expresamente suspendidas por los artículos 36 y 47 de la Ley 188 de 1995. De consiguiente, el Fondo continúa ejerciendo las funciones que le fueron asignadas por sus nuevos estatutos adoptados por la Junta Liquidadora y aprobados por el Decreto 1212 de 1994, hasta cuando cumpla con los objetivos previstos en la ley.

Autorizada su publicación con oficio número 032650 de 11 de septiembre de 1995.

Santa Fe de Bogotá, D. C., veintinueve (29) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: *Doctor Roberto Suárez Franco.*

Radicación número 724.

Referencia: Consulta del Ministerio de Transporte sobre los alcances e implicaciones de los artículos 20 y 36 de la Ley 188 de 1995, Plan Nacional de Desarrollo.

El señor Ministro de Transporte, doctor Juan Gómez Martínez, formula a la Sala la consulta en los siguientes términos textuales:

"La Ley 188 de 1995 que contiene y aprueba el Plan Nacional de Desarrollo (art. 36), suspendió el proceso de liquidación que se venía cumpliendo en el Fondo de Caminos Vecinales, entidad que con la categoría de establecimiento público del orden nacional estaba adscrito al antiguo Ministerio de Obras Públicas y Transporte y que actualmente continúa perteneciendo a este Ministerio, pero como se dijo, ya sin funciones a cargo por su liquidación, cuyo trámite por lo demás acusa un avanzado estado de adelanto por haberse transcurrido año y medio desde su iniciación.

La situación, derivada de esta decisión del legislador, completamente inesperada para la Administración, ha concitado una serie de dificultades de orden práctico, de carácter administrativo y del mismo modo en relación con la aplicación de las normas constitucionales y legales que rigen las actividades que son de competencia de este Ministerio, sobre las cuales deseamos obtener su autorizado concepto sobre estos aspectos, como criterio de apoyo para la adopción de las medidas que resulte más prudente acoger, a fin de cumplir con el mandato de la Ley 188 de 1995 y de reorientar la organización que se venía imprimiendo al proceso de descentralización de la

infraestructura vial secundaria y terciaria del país como lo ordena la ley, en concordancia con lo dispuesto por claros preceptos constitucionales y legales.

ANTECEDENTES

1°. El denominado Ministerio de Obras Públicas y Transporte se reestructuró como Ministerio de Transporte mediante Decreto 2171 de 1992, expedido con fundamento en el artículo 20 transitorio de la Constitución Nacional, que a su vez para dicho efecto reestructuró varias entidades del sector, las fusionó o las suprimió, como ocurrió con el Fondo Nacional de Caminos Vecinales, suprimiendo en virtud de lo dispuesto por el artículo 124 del Decreto citado, que a la para ordenó su liquidación en un término no superior a tres años contados a partir del 30 de diciembre de 1992, proceso que como se indicó se venía cumpliendo en condiciones normales hasta la expedición de la Ley 188 del año en curso que ordenó la suspensión de los trámites de liquidación.

2°. Consecuente con la liquidación del Fondo, el Decreto 2171, previó la creación de la Subdirección de Caminos Vecinales en la Dirección General de Vías e infraestructura del Ministerio, asignándole como funciones principales la asesoría y asistencia técnica de las entidades territoriales, la orientación y apoyo de éstas para la formulación de los proyectos para el mejoramiento de los caminos vecinales y el seguimiento y evaluación de la liquidación del Fondo.

3°. La Ley 105 de 1993, por la cual se dictaron disposiciones básicas sobre transporte, se redistribuyeron las competencias y recursos sobre la Nación y las entidades territoriales, se reglamentó la planeación del sector y se dictaron otras disposiciones en lo atinente al tema específico que nos ocupa, reafirmó el proceso de descentralización de la red terciaria o caminos vecinales con su transferencia a los departamentos y creó el Fondo de Cofinanciación de Vías, dependientes de FINDETER, con el objeto de garantizar a éstos los recursos necesarios para la construcción, rehabilitación y mantenimiento de las vías.

4°. Por otra parte, es de advertir que el concepto de descentralización se encuentra también recogido explícita y reiteradamente en la Carta como principio fundamental de la organización republicana del país (art. 1°), como soporte necesario de los principios que deben informar la función administrativa (art. 209) y como fundamento de la Organización Territorial (arts. 287 y 288).

SITUACION ACTUAL

a) El artículo 20 de la Ley 188 de 1995 dispone que el proceso de descentralización de la red terciaria o caminos vecinales será completado durante la presente vigencia fiscal;

b) Por su parte, el artículo 36, parágrafo 3° de la Ley 188 ibidem, ordenó la suspensión de la liquidación del Fondo de Caminos Vecinales sin definir el alcance y contenido de dicha suspensión, ni mucho menos, pronunciarse sobre los aspectos que hemos mencionado como antecedentes;

c) El parágrafo 4° facultó al Gobierno Nacional para reorganizar en el término de seis meses al Fondo Nacional de Caminos Vecinales para que continúe con recursos del programa (4.4.1.2.2) la construcción de la red terciaria del país, sin perjuicio del proceso de descentralización prevista en la Constitución.

Estas disposiciones de la Ley 188 que encontramos un tanto contradictorias entre sí y mucho más en relación con las previsiones sobre los mismos aspectos contenidos en el Decreto 2171 de 1992 y la Ley 105 de 1993, nos llevan a solicitar concepto sobre varias de las implicaciones que pueden suscitarse en el ámbito jurídico, como sigue:

SE CONSULTA:

1°. ¿Cuál es el alcance de la suspensión de los procedimientos encaminados a liquidar al Fondo, si en la fecha una parte importante de la red terciaria se encuentra ya transferida a los departamentos, los recursos para la construcción, rehabilitación y conservación de los caminos vecinales se vienen manejando a través del Fondo de Cofinanciació; la planta de personal del Fondo en liquidación se encuentra reducida a su mínima expresión y las funciones técnicas y de asesoría están a cargo de la Dirección General de Vías e Infraestructura del Ministerio?

2°. ¿Comprende esta suspensión el aplazamiento de la entrega a FINDETER, de los activos, derechos y obligaciones del Fondo, según lo ordenado por el artículo 127 del Decreto 2171 de 1992?

3°. En este orden de ideas, ¿qué funciones y por cuánto tiempo tendría el Fondo a su cargo, con ocasión de la reorganización mencionada?

4°. Si como lo dispone la Constitución Nacional como principio general y en forma expresa y específica, las normas tantas veces citada, incluidas la Ley 188 que fija el presente año como plazo para culminarlo, ¿se debe continuar con el programa de transferencia de víás terciarias a los departamentos? O, ¿se debe suspender dicho proceso mientras se reorganiza el Fondo a fin de que continúe el programa de construcción de la misma red terciaria?

5°. Del mismo modo como debe interpretarse la disposición "...hasta tanto los departamentos y municipios demuestren que pueden asumir dichas funciones" y ¿cómo deben demostrarlo?

6°. Si la Ley 188 suspendió pero no revocó o derogó las normas sobre la supresión o liquidación del Fondo Nacional de Caminos Vecinales, ¿qué vigencia y aplicación tienen los artículos 124, 125, 126 y 127 del Decreto 2171 de 1992, que tratan en su orden, de la supresión del Fondo, del liquidador, de la Junta Liquidadóra y de los activos no liquidados?".

ANTECEDENTES

1. Mediante el artículo 20 transitorio de la Constitución, se facultó al Gobierno Nacional para suprimir, fusionar o reestructurar "las entidades de la Rama Ejecutiva, los establecimientos públicos, las empresas industrias y comerciales y las sociedades

de economía mixta del orden nacional, con el fin de ponerlas en consonancia con los mandatos de la presente reforma constitucional y, en especial, con la redistribución de competencias y recursos que ella establece".

2. En desarrollo de la facultad a que se ha hecho mención el Gobierno expidió el Decreto 2171 de 1992 por el cual se reestructuró el Ministerio de Obras Públicas y Transporte y se suprimieron, fusionaron y reestructuraron otras entidades de la rama ejecutiva del orden nacional. En el artículo 124 *ibidem* se ordenó concretamente la supresión del Fondo Nacional de Caminos Vecinales, que "entrará en proceso de liquidación, el cual deberá efectuarse en un término máximo de tres (3) años" contados a partir de la vigencia de tal decreto (30 de diciembre de 1992). La liquidación se realizará al procedimiento que establezca el Gobierno Nacional" (inciso 3º *ibidem*).

Con el decreto citado se reguló lo concerniente a la designación del liquidador y sus calidades; se precisaron las funciones de la junta liquidadora, dispuso lo pertinente con relación a los activos no liquidados y se fijaron los lineamientos a que debía sujetarse el Gobierno para la adopción del procedimiento a seguir para a liquidación del Fondo (artículos 125, 126, 127, 128 *ibidem*).

Respecto de los activos no liquidados se estableció en el artículo 127 *ibidem*:

Todos los activos, derechos y obligaciones que aún estuvieren a cargo del Fondo Nacional de Caminos Vecinales al concluir el proceso de liquidación o, a más tardar, tres (3) años después de la entrada en vigencia del presente decreto, pasarán por virtud del mismo al patrimonio de la Financiera de Desarrollo Territorial S. A., Findeter...2.

3. En el artículo 42 del Decreto 2171 de 1992 se contempló la creación, en el Ministerio de Transporte, de la Subdirección de Caminos Vecinales, se asignaron como funciones la de presentar recomendaciones sobre la política, planes y programas de expansión, conservación y utilización de la red de caminos vecinales particularmente cuando su financiación se hubiese solicitado por la Financiera de Desarrollo Territorial S. A., así como el desarrollo y aplicación del sistema, el seguimiento y evaluación de los mencionados proyectos y el asesoramiento en el procedimiento de liquidación de Fondo de Caminos Vecinales.

4. Mediante el Decreto 2132 de 1992, se ordenó la reestructuración y fusión de algunas entidades oficiales; en su artículo 20 se dispuso: "A medida que vaya avanzando el proceso de liquidación del Fondo Nacional de Caminos Vecinales que se suprime en el decreto de reestructuración del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, la Sociedad Financiera de Desarrollo Territorial S. A. FINDETER, en su condición de administradora del Fondo de Cofinanciación para la Infraestructura Vial y Urbana, irá asumiendo las funciones de cofinanciación para la ejecución de programas, proyectos de inversión relativos a construcción, rehabilitación y mantenimiento de vías departamentales, veredales y vecinales, correspondiente a las entidades territoriales en los departamentos en los cuales deja de operar el Fondo Nacional de Caminos Vecinales".

5. El Congreso de la República, a través de la Ley 105 de 1993, dictó normas básicas sobre el transporte y distribuyó competencias y recursos entre la Nación y las Entidades Territoriales.

Se prescribe en dicha ley que el Fondo Nacional de Caminos Vecinales debe continuar ejerciendo las funciones señaladas en las normas que lo crearon y las demás que se hallen vigentes, bajo la modalidad de establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Transporte. Se dispone además, que el Fondo, "podrá reducir el ejercicio de sus funciones" y que "el Ministerio de Transporte, de acuerdo con los departamentos, establecerá el cronograma y las condiciones técnicas y presupuestales para la entrega de las vías veredales que se encuentren dentro del inventario vial del Fondo Nacional y para la liquidación de las oficinas regionales que finalicen sus funciones, de acuerdo con el artículo 124 del Decreto 2171 de 1992" (artículo 14).

Por el artículo 24 ibidem se creó el "Fondo de Cofinanciación de Vías", como un sistema especial de cuentas dependientes de Findeter cuya función será la de administrar los recursos que se destinen para garantizar a los departamentos la construcción, rehabilitación y mantenimiento de vías.

6. El Procedimiento de liquidación del Fondo fue regulado por el Decreto 1821 de 1993, el cual se ajustó a los lineamientos previstos por el Decreto 2171 citado. No obstante, mediante el Decreto 1212 de 1994 el Presidente de la República en ejercicio de facultades legales y en especial las conferidas por los Decretos 1050 y 3130 de 1968, aprobó el Acuerdo 004 expedido por la Junta Liquidadora del Fondo Nacional de Caminos Vecinales, por medio del cual se adoptaron los Estatutos del Fondo Nacional de Caminos Vecinales.

7. Mediante la Ley 188 de 1995, el Congreso expidió el Plan Nacional de Desarrollo de Inversiones 1995-1998. En su artículo 20-4.4.1.2 se establece que "se culminará el proceso de descentralización de vías de la red secundaria y terciaria, a través de su transferencia a las entidades territoriales. La transferencia de la red terciaria será completada en 1995".

En cuanto al subprograma de construcción de la red terciaria, determina que está dirigido a cofinanciar la construcción de carreteras de la red terciaria en las regiones a través del Fondo Nacional de Caminos Vecinales y/o del Fondo de Cofinanciación de Vías Terciarias (art. 20.4.4.1.2.2).

Igualmente, dispone la ley el Plan de Desarrollo, en su artículo 36, que "el Gobierno Nacional reorganizará dentro de los próximos seis meses, a partir de la vigencia de la presente ley, el Fondo Nacional de Caminos Vecinales y sus correspondientes seccionales para que, sin perjuicio del proceso de descentralización establecido en la Constitución, dicha entidad continúe atendiendo con recursos del programa de construcción de red terciaria (4.4.1.2.2) y del Fondo de Cofinanciación de Vías, la construcción, conservación y mantenimiento de la red terciaria hasta tanto los departamentos y municipios demuestren que pueden asumir dichas funciones. Agrega la norma citada:

"Suspéndese el proceso de liquidación que se viene adelantando. La comisión del Congreso de la República encargada de vigilar el cumplimiento del Plan Nacional

de Desarrollo se encargará específicamente de vigilar todo el proceso de reorganización del Fondo Nacional de Caminos Vecinales.

CONSIDERACIONES:

1. El Fondo Nacional de Caminos Vecinales, fue creado por el Decreto 1650 de 1960 como establecimiento público, adscrito al Ministerio de Obras Públicas y Transporte, con el objeto de propiciar la cooperación del Fondo con los departamentos, territorios nacionales, municipios y distritos en la construcción, mejoramiento y la conservación de caminos vecinales o de carácter regional.

En 1992, y con la finalidad de lograr una plena descentralización, el Gobierno decidió suprimir el Fondo y ordenó su liquidación mediante el Decreto 2171, para lo cual fijó un plazo de tres (3) años, contados a partir del 30 de diciembre de 1992. Esto suponía un proceso gradual que debía adelantarse de la manera menos traumática posible con el fin de evitar problemas de diverso orden que pudieron presentarse en las regiones en las que el Fondo estuviese cumpliendo con obras propias de su objeto.

Para el mismo efecto, se dispusieron medidas que facilitaron la transición de las funciones en materia de cofinanciación del Fondo Nacional de Caminos Vecinales a la sociedad Financiera de Desarrollo Territorial S. A., Findeter, en su condición de administradora del Fondo de Cofinanciación para la Infraestructura Vial y Urbana (Decreto 1821 de 1993, artículo 6º).

2. La Ley 105 de 1993, artículo 14, dispuso que el Fondo Nacional de Caminos Vecinales creado por Decreto 1650 de 1960 y reestructurado por los Decretos 1300 de 1988 y 1474 de 1989, "continuará ejerciendo las funciones señaladas en dichos decretos y demás normas vigentes, como un establecimiento público de orden nacional adscrito al Ministerio de Transporte", al que, de acuerdo con los departamentos le corresponderá establecer "el cronograma y las condiciones técnicas y presupuestales para la entrega de las vías veredales que se encuentren dentro del inventario vial del Fondo Nacional de Caminos Vecinales y para la liquidación de las oficinas regionales que finalicen sus funciones con ocasión de la supresión de la entidad, de acuerdo con el artículo 124 del Decreto 2171 de 1992".

3. Con ocasión de la expedición del Plan Nacional de Desarrollo e Inversiones 1995-1998, aprobado por el Congreso de la República mediante la Ley 188 de 1995 se estableció para el Gobierno Nacional la obligación de reorganizar, en un plazo de seis meses contados a partir de la fecha de su vigencia al Fondo Nacional de Caminos Vecinales y sus seccionales y sus seccionales para que "sin perjuicio del proceso de descentralización establecido en la Constitución, dicha entidad continúe atendiendo con recursos del programa de construcción de red terciaria (4.4.1.2.2) y del Fondo de Cofinanciación de Vías, la construcción, conservación y mantenimiento de la red terciaria, hasta tanto los departamentos y municipios demuestren que pueden asumir dichas funciones" (art. 36). Se ordena a renglón seguido: "Suspéndese el proceso de liquidación que se viene adelantando..."

Se tiene entonces que el legislador, consciente de que el proceso de liquidación del Fondo de Caminos Vecinales ordenada en el Decreto 2171 de 1992 se encontraba en ejecución, dispuso su continuidad, lo que implícitamente conducía a la suspensión del mismo.

La "suspensión" del proceso de liquidación del Fondo presupone que los actos ejecutados de conformidad con el artículo 124 del Decreto 2171 de 1992 y los decretos reglamentarios no pierden su firmeza, de manera que la transferencia de dinero y la entrega de las vías inventariadas que estaban a cargo del Fondo continuarán a cargo de los departamentos en cuanto a su conservación y mantenimiento.

El Fondo por su parte, una vez reorganizado, tiene entre sus funciones las dirigidas a la conservación y mantenimiento de los caminos vecinales que aún no han sido entregados a los departamentos; y deberá atender a la construcción de las vías terciarias, tal como lo considera el programa del Plan Nacional de Desarrollo.

Los recursos con que cuenta el Fondo para cumplir con las funciones que le asigna en la actualidad el artículo 36 de la Ley 188, son los apropiados para el programa de construcción de la red terciaria contenidos en el artículo 20 (4.4.1.2.2) de la misma ley y los del Fondo de Cofinanciación de Vías, creado por el artículo 24 de la Ley 105 de 1993.

Corresponde entonces al Gobierno Nacional y por intermedio del Ministerio de Transporte, acordar con los departamentos las soluciones adecuadas con el objeto de evitar la duplicidad de funciones, además el consiguiente gasto burocrático que redunda en mayores costos para la prestación de los servicios a su cargo.

Es importante observar que la norma citada ordena la reorganización del Fondo "sin perjuicio del proceso de descentralización establecido en la Constitución", pero como ya se afirmó, con la suspensión de la liquidación del Fondo no se pretendió modificar las políticas tendientes a la supresión de la entidad, sino dar tiempo a la administración para que la transición del manejo de la infraestructura vial terciaria del nivel nacional a nivel territorial, se adelante en la forma menos traumática posible.

Como consecuencia de la suspensión del proceso de liquidación, la entidad debe abstenerse de ejecutar los actos propios que implica este proceso (Decreto 2171 de 1992 y sus decretos reglamentarios), consecuencialmente la entrega final de activos y en general el ejercicio de ciertos derechos y el cumplimiento de determinadas obligaciones previstas para el momento en que se concluya la liquidación, sólo se podrán satisfacer a su finalización y continuarán en cabeza del Fondo como su titular.

Una vez los departamentos y municipios adquieran una capacidad administrativa, técnica y económica suficiente para asumir la ejecución de los programas de construcción conservación y mantenimiento de la red terciaria, el Gobierno previa comprobación de los hechos, reanudará el proceso de liquidación, hasta concluirlo definitivamente en cada una de tales entidades territoriales.

En cumplimiento del artículo 339 de la Constitución Política el Gobierno está obligado a confeccionar el Plan Nacional de Desarrollo, este en su parte general

señala propósitos y objetivos nacionales a largo plazo, las metas y prioridades de la acción estatal a mediano plazo y las estrategias y orientaciones generales de la política económica, social y ambiental que serán adoptadas por el Gobierno. En su otra parte, que trata sobre el plan de inversiones públicas, se determinan los presupuestos plurianuales de los principios, programas y proyectos de inversión pública nacional y la especificación de los recursos financieros requeridos para su ejecución.

Igualmente, según el artículo 346 de la Carta, la ley de apropiaciones que se expide anualmente deberá corresponder al Plan Nacional de Desarrollo. En este orden de ideas la Ley 188 de 1995, contiene el Plan Nacional de Desarrollo e Inversiones 1995-1998, consta de dos partes: una de carácter general y la otra sobre el plan de inversiones.

El plan contenido en la ley últimamente citada precisa las estrategias que se deben seguir para cumplir ciertos fines del Estado; es por ello, que cuando el artículo 20 de la Ley 188 de 1995 en el numeral 4.4.1.2 expresa que "la transferencia de la red terciaria será completada en 1995", se está acogiendo una de las prioridades del Gobierno, con la finalidad de que ésta se cumpla en corto plazo, mas si se tiene que tal propósito inició su trámite en febrero de 1995. Sin embargo, es menester tener en cuenta que el numeral 4.4.1.2.2 considera que el subprograma de construcción de la red terciaria, está dirigido a cofinanciar la construcción de carreteras en las regiones valiéndose del Fondo Nacional de Caminos Vecinales y del Fondo de Cofinanciación de Vías Terciarias. Lo anterior lleva a concluir que de manera simultánea a la reorganización del Fondo Nacional de Caminos Vecinales se debe seguir adelantando la transferencia de vías terciarias o veredales a las entidades territoriales, previsto para el año de 1995, pero si dicha planeación no es posible adelantarla en la forma prevista deberá incluirse la inversión faltante en la ley de apropiaciones del año siguiente.

LA SALA RESPONDE:

1. La suspensión del proceso de liquidación del Fondo Nacional de Caminos Vecinales, debe entenderse respecto de los actos de transferencia vial que aún estén pendientes de terminarse. Esto significa que las vías de la red terciaria que se hayan transferido a los departamentos y los recursos entregados al Fondo de Cofinanciación de Vías, se mantienen vigentes; tanto los departamentos como el Fondo de Cofinanciación seguirán ejerciendo sus funciones respecto de las vías y recursos entregados.

La Dirección General de Vías e Infraestructura del Ministerio a través de la Subdirección de Caminos Vecinales deberá continuar con su función coordinadora con el fin de armonizar las actividades que realice el Fondo Nacional de Caminos Vecinales de acuerdo a sus nuevas atribuciones y aquellas obras que ya le fueron transferidas a los departamentos.

2. La suspensión ordenada por el artículo 36 de la Ley 188 de 1995 defiere los actos tendientes a la liquidación del Fondo. En consecuencia, la entrega a Findeter de los activos, el ejercicio de los derechos y obligaciones a cargo del Fondo, sólo se

consolidará al concluir el proceso de liquidación, tal como lo ordena el artículo 127 del Decreto 2171 de 1992.

3. Las funciones del Fondo de Caminos Vecinales, una vez reorganizado, lo cual debe ocurrir en el término de seis meses contados a partir del 5 de junio de 1995, comprenden la construcción, conservación y mantenimiento de la red terciaria. Las funciones de conservación y mantenimiento se refieren a las vías terciarias que a la fecha de vigencia de la Ley 188 no hubieren sido transferidas.

Tales funciones estarán a cargo del Fondo Nacional de Caminos Vecinales hasta tanto los departamentos y municipios demuestren que estarán en capacidad para asumirlas mediante la comprobación ante el Gobierno Nacional (Ministerio de Transporte) de su aptitud técnica, económica y administrativa para el desarrollo de la infraestructura vial terciaria.

4. El Fondo Nacional de Caminos Vecinales deberá continuar transfiriendo las vías terciarias a los departamentos en cumplimiento del proceso de descentralización ordenado por la Constitución Política, y previa comprobación de la capacidad económica administrativa de éstos.

5. Las normas sobre supresión del Fondo Nacional de Caminos Vecinales contenidas en el Decreto 2171 de 1992 (artículos 124, 125, 126 y 127) fueron expresamente suspendidas por los artículos 36 y 47 de la Ley 188 de 1995. De consiguiente, el Fondo continúa ejerciendo las funciones que le fueron asignadas por sus nuevos Estatutos adoptados por la Junta Liquidadora y aprobados por el Decreto 1212 de 1994, hasta cuando cumpla con los objetivos previstos en la ley.

Transcríbase en sendas copias auténticas a los señores Ministro de Transporte y Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

Roberto Suárez Franco, Presidente de la Sala; Javier Henao Hidrón, César Hoyos Salazar, Luis Camilo Osorio Isaza.

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

CONSULTA NUMERO 710

(30 de agosto de 1995)

ISS - Antecedentes de su naturaleza jurídica / ISS - Naturaleza jurídica.

El ISS creado por el legislador en el año 1946, fue objeto de una importante reforma elaborada por el Gobierno Nacional que, con fundamento en las facultades extraordinarias otorgadas por la Ley 12 de 1977, dictó, en este mismo año, una serie de decretos conocidos con los números 1650, 1651, 1652 y 1653, los cuales, en su conjunto, otorgaron al ISS una nueva fisonomía de establecimiento público del orden nacional y, como tal, regido básicamente por normas de derecho público. Con fundamento en las facultades conferidas por el artículo transitorio 20 de la Constitución Política de 1991, que le permiten reestructurar las entidades de la Rama Ejecutiva, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales y las sociedades de economía mixta del orden nacional, con el fin de "ponerlas en consonancia" con los mandatos y la redistribución de competencias y recursos establecidos en la nueva ley suprema del Estado, el Gobierno Nacional expidió el Decreto-ley 2148 de 1992 en el cual se dispone que el establecimiento público denominado Instituto de Seguros Sociales funcionará adelante como una empresa industrial y comercial del Estado, del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente, vinculada al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Autorizada su publicación con oficio del 1° de noviembre de 1995.

ISS - Régimen de personal.

En procura de hacer claridad sobre el sistema laboral correspondiente al ISS, la Ley 100 de 1993 preceptúa que "los trabajadores del Instituto de Seguros Sociales mantendrán el carácter de empleados de la Seguridad Social" y que "el régimen de sus cargos será el contemplado en el Decreto-ley 1651 de 1977" (*ibidem* arts. 235 y 275).

CONVENCION COLECTIVA - Definición.

Es aquella que se celebra entre uno o varios patronos o asociaciones patronales, por una parte, y uno o varios sindicatos o federaciones sin-

dicales de trabajadores, por la otra, para fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia (*ibidem*, art. 467).

SINDICATO - Clasificación.

El artículo 40 de la Ley 50 de 1990 que modificó el artículo 356 del Código Sustantivo de Trabajo, clasifica los sindicatos de los trabajadores del modo siguiente: De empresa (anteriormente denominados de base), si están formados por individuos de varias profesiones, oficios o especialidades, que prestan sus servicios a una misma empresa, establecimiento o institución; de industria o por la rama de actividad económica, si están formados por individuos que prestan sus servicios en varias empresas en la misma industria o rama de actividad económica; gremiales, si están formados por individuos de una misma profesión, oficio o especialidad, y de oficios varios, si están formados por trabajadores de diversas profesiones.

SINDICATO DE EMPRESA - Representación sindical / SINDICATO DE FUNCIONARIOS DE SEGURIDAD SOCIAL - Requisitos para celebrar convenciones colectivas.

La mayoría autorizada para llevar la representación sindical será entonces, en los sindicatos de empresa, la dispuesta en el artículo 357 del Código Sustantivo de Trabajo, en concordancia con el artículo 26 del Decreto 2351 de 1965, conforme al cual "subsistirá el que tenga mayor número de afiliados"; y en los sindicatos gremiales, el que acredite un número de afiliados no inferior a setenta y cinco (75) de los trabajadores de una misma profesión, oficios o especialidad en una empresa, por mandato del artículo 3º, numeral 5º de la Ley 48 de 1968. Para negociar y celebrar convenciones colectivas de trabajo, los sindicatos y gremios de funcionarios de seguridad social deben acreditar la mayoría de afiliados consistente en el setenta y cinco (75) o más de trabajadores de una misma profesión, oficio o especialidad al servicio del Instituto de Seguros Sociales.

CONVENCION COLECTIVA - Capítulo Especial / SINDICATO DE EMPRESA - Funcionarios de seguridad social / CONVENCION COLECTIVA DE FUNCIONARIOS DE SEGURIDAD SOCIAL - Aplicación de norma especial.

Si bien la Ley 48 de 1968, en el numeral 5º de su artículo 3º, prescribe que el acuerdo a que se llegue con el sindicato gremial correspondiente, formará un capítulo especial de la respectiva convención colectiva de trabajo que se suscriba con el sindicato de empresa, para el caso de los funcionarios de seguridad social existen disposiciones especiales, de aplicación preferente. De conformidad con dicha normatividad, contenida en el Decreto 2589 de 1980 con las modificaciones introducidas

por el Decreto 3036 de 1982, el tratamiento jurídico que debe darse a las respectivas convenciones colectivas de trabajo, celebradas con los sindicatos con reconocimiento jurídico y que acrediten la mayoría requerida, comprende: La negociación, la adopción de los convenios, la firma y la aprobación. Las convenciones colectivas que se celebren con los sindicatos gremiales constituidos por funcionarios de seguridad social, y que acrediten la mayoría a que se refiere el numeral anterior, son independientes y no constituyen capítulos especiales de la convención colectiva de trabajo que se suscriba con el sindicato de empresa.

Santa Fe de Bogotá, D. C., treinta (30) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Javier Henao Hidrón.*

Radicación número 710.

Referencia: Derecho a negociar convenciones colectivas, de los sindicatos y asociaciones de funcionarios de seguridad social.

La señora Ministra de Trabajo y Seguridad Social, doctora María Sol Navia Velasco, luego de hacer algunas consideraciones acerca del Instituto de Seguros Sociales y de indicar la existencia dentro del mismo de un sindicato de empresa o de base y 10 sindicatos gremiales que agrupan a funcionarios de seguridad social, explica las dos teorías que han surgido en relación con el ejercicio del derecho de estos últimos para celebrar convenciones colectivas. Es por ello que consulta:

"1. Para negociar y celebrar Convenciones Colectivas de Trabajo los Sindicatos y Gremios de Funcionarios de Seguridad Social deben o no acreditar las mayorías de que trata el artículo 357 del C. S. T.

2. En el evento de requerirse acreditar la mayoría del 75%, ¿qué tratamiento jurídico se le debe dar a las Convenciones Colectivas celebradas con los funcionarios de Seguridad Social, considerando que éstas deben ser aprobadas por el Gobierno Nacional? ¿Constituirán estas Convenciones capítulos especiales de la Convención que se suscriba con el Sindicato de la Empresa?".

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE:

I. Naturaleza jurídica del Instituto de Seguros Sociales y clasificación de sus servidores

Creado por el legislador en el año de 1946, el Instituto de Seguros Sociales fue objeto de una importante reforma elaborada por el Gobierno Nacional que, con fundamento en las facultades extraordinarias otorgadas por la Ley 12 de 1977, dictó, en este mismo año, una serie de decretos conocidos con los números 1650, 1651, 1652 y 1653, los cuales, en su conjunto, otorgaron al ISS una nueva fisonomía de establecimiento

público del orden nacional y, como tal, regido básicamente por normas de derecho público.

Entre los decretos mencionados, el 1651, por el cual se dictan normas sobre administración de personal del Instituto, creó una nueva modalidad de servidores públicos al agregar a la clásica distinción entre empleados públicos y trabajadores oficiales, a los funcionarios de la seguridad social.

A partir de entonces, fueron considerados empleados públicos de libre nombramiento y remoción, el Director General, el Secretario General, los subdirectores y los gerentes seccionales de la entidad, trabajadores oficiales, las personas encargadas de jardinería, electricidad, mecánica, cocina, celaduría, lavandería, costura, planchado de ropa y transporte, y funcionarios de la seguridad social aquellos que vinculados a la administración por una relación legal y reglamentaria de naturaleza especial, tienen el derecho de celebrar con el Instituto convenciones colectivas "para modificar las asignaciones básicas de sus cargos" (*ibidem*, art. 3°).

Igualmente, se determinó que según la forma como deben proveerse los cargos desempeñados por funcionarios de seguridad social se clasifican en discrecionales y de carrera (*ibidem*, art. 5°), habiendo correspondido al Decreto Reglamentario 413 de 1980, en su artículo 4°, la enumeración de cada uno de dichos cargos, desempeñados principalmente por médicos, odontólogos, enfermeras, administradores, y sus respectivos auxiliares y ayudantes.

Con respecto a los funcionarios de la seguridad social, el referido Decreto 1651 de 1977, esta vez en su artículo 133, puntualizó el derecho que les asiste para constituir sindicatos "que tendrán las funciones establecidas en los numerales 1° a 8° del artículo 414 del Código Sustantivo del Trabajo", sin perjuicio de la facultad de solicitar el aumento de las asignaciones básicas y de celebrar colectivamente con el Instituto las respectivas convenciones. Concordante con esta disposición, el Decreto 1652 de 1977 reguló la materia en la forma siguiente:

"Artículo 34. De las convenciones colectivas sobre sueldos. Para el solo efecto de modificar las asignaciones básicas señaladas para los cargos del Instituto, éste podrá celebrar colectivamente convenciones con los sindicatos y asociaciones gremiales que representen a sus funcionarios.

Dichas convenciones requerirán la aprobación del Gobierno Nacional.

El Gobierno reglamentará el procedimiento para la suscripción de las convenciones a que se refiere el presente artículo".

El Gobierno Nacional, en efecto, reglamentó el proceso de negociación de las Convenciones Colectivas de Trabajo de los funcionarios de seguridad social del Instituto de Seguros Sociales, mediante la expedición del Decreto 2859 de 1980, modificado por su similar distinguido con el número 3036 de 1982. De conformidad con lo

establecido en estas normas, se otorga a los sindicatos y a las asociaciones gremiales que constituyan los funcionarios de seguridad social y que dispongan de personería jurídica reconocida por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, el derecho de concurrir en representación de sus afiliados o asociacidoss a la celebración de las respectivas convenciones colectivas con el Instituto, obviamente sin perjuicio del derecho que a favor de los funcionarios no sindicalizados consagra el artículo 481 del Código Sustantivo del Trabajo para adherir posteriormente a ellas, y de manera textual se dispone que "la negociación con los distintos sindicatos se hará conjuntamente sin perjuicio del derecho de cada sindicato a presentar su respectivo pliego de peticiones". Cumplido el trámite para la adopción de los convenios, el Director General (hoy Presidente) es el competente para suscribir la convención colectiva a nombre del Instituto, debiendo presentarla a la Junta Administradora (hoy Consejo Directivo) con el fin de que sea adoptada por acuerdo y sometida a la aprobación del Gobierno Nacional.

II. **Nueva reforma al ISS**

Con fundamento en las facultades conferidas por el artículo transitorio 20 de la Constitución Política de 1991, que le permitieron reestructurar las entidades de la Rama Ejecutiva, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales y las sociedades de economía mixta del orden nacional, con el fin de "ponerlas en consonancia" con los mandatos y la redistribución de competencias y recursos establecidos en la nueva ley suprema del Estado, el Gobierno Nacional expidió el Decreto-ley 2148 de 1992 en el cual se dispone que el establecimiento público denominado Instituto de Seguros Sociales funcionará en adelante como una empresa industrial y comercial del Estado, del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente, vinculada al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Igualmente asigna la dirección del Instituto a un Consejo Directivo, que tendrá a su cargo la formulación de los planes y programas de administración del régimen de los seguros sociales obligatorios y la determinación de las normas generales para la adecuada gestión de la entidad, y a un presidente, quien, como representante legal, es el encargado de dirigir, coordinar, controlar y orientar la acción administrativa del Instituto y ejecutar los planes, programas y disposiciones del Consejo Directivo.

En procura de hacer claridad sobre el sistema laboral correspondiente al ISS, la ley 100 de 1993 preceptúa que "los trabajadores del Instituto de Seguros Sociales mantendrán el carácter de empleados de la seguridad social" y que "el régimen de sus cargos será el contemplado en el Decreto-ley 1651 de 1977" (*ibidem*, arts. 235 y 275).

III. **Jurisprudencia del Consejo de Estado**

La Sección Segunda, que conoce de asuntos de carácter laboral administrativo, en sentencia de 15 de junio de 1979 interpretó el alcance de la disposición contenida

en el artículo 26 del Decreto Legislativo 2351 de 1965, adoptado como legislación permanente por la Ley 48 de 1968, según la cual "cuando en una misma empresa coexistiere un sindicato de base con uno gremial o de industria, la representación de los trabajadores para todos los efectos de la contratación colectiva, corresponderá al sindicado que agrupe a la mayoría de los trabajadores de la empresa", en el sentido de sostener que con fundamento en tal precepto, no podría decretarse la unidad sindical en tratándose de sindicatos gremiales o de industria "por cuanto una misma rama industrial puede estar extendida en diversas empresas a todo lo largo del territorio nacional, como puede igualmente estarlo determinado gremio de trabajadores, de donde la unidad sindical conduciría a hacer nugatorio el derecho de asociación para muchos trabajadores que no podrían por razones geográficas o de distancia pertenecer al sindicato nacional único de la respectiva industria o gremio". De manera que la prohibición consagrada por la ley para la coexistencia de sindicatos en una misma empresa se refiere a los sindicatos de base y si por cualquier motivo llegaren a coexistir, subsistirá el que tenga mayor número de afiliados, el cual debe admitir al personal de los demás sin hacerles más gravosas sus condiciones; prohibición que no puede extenderse a los sindicatos gremiales o de industria, por su naturaleza y dado que las excepciones son de índole restrictiva, no susceptibles de aplicarse por analogía o en virtud de interpretación administrativa o jurisprudencial.

Fue en la misma Ley 48 de 1968, en donde se dispuso lo siguiente:

> "Artículo 3°. Los Decretos Legislativos números 2351 de 1965 y 939 de 1966, seguirán rigiendo como leyes después de levantado el estado de sitio, con las modificaciones y adiciones siguientes:
>
> (...)
>
> 5°. No obstante lo dispuesto en el artículo 26 del Decreto Legislativo 2351 de 1965, cuando el setenta y cinco por ciento (75%) o más de los trabajadores de una misma profesión, oficio o especialidad al servicio de una empresa estén afiliados a un solo sindicato gremial, el pliego de peticiones que éste le presente a la empresa deberá discutirse directamente con ese sindicato, y el acuerdo a que se llegue formará un capítulo especial de la respectiva convención colectiva de trabajo".

La Sección Segunda del Consejo de Estado, en esta ocasión mediante sentencia de 15 de junio de 1992, se refirió a los funcionarios de la seguridad social e hizo énfasis en que disponen de un régimen especial en cuanto faculta para celebrar convenciones colectivas, aspecto consagrado en forma general en los artículos 414 y 416 del Código Sustantivo del Trabajo únicamente para quienes tengan la calidad de trabajadores oficiales. Sin embargo, en el asunto concreto de la demanda, que planteaba la necesidad de definir si las prerrogativas de presentar pliegos y celebrar convenciones colectivas con arreglo a la ley, pueden ejercerse sin más formalidades que la de disponer de una organización de tipo gremial legalmente constituida, o deben sujetarse a las disposicio-

nes que rigen sobre la materia y que señala determinados requisitos, como el de la representación del 75%, decidió que si bien las disposiciones de carácter especial prevalecen sobre las de orden general, era menester, a falta de reglamentación expresa sobre dicho aspecto, expedida por el Gobierno con fundamento en el artículo 34 del Decreto-ley 1652 de 1977, dar aplicación a las disposiciones generales que regulan la materia, pues es obligación del fallador aplicar la norma cuando la situación se encuentra subsumida en ella, en caso contrario, decidir el asunto sometido a su consideración con arreglo a los principios generales de derecho.

La norma general aplicable al caso sometido a decisión de la Sección Segunda, es precisamente la que trae la Ley 48 de 1968, en su artículo 3°, numeral 5°, que se transcribió en párrafo anterior. Por eso concluyó dicha Sección: "Es claro el propósito del legislador expresado en la Ley 48 de 1968 y se explica la *ratio legis* porque no podría dejar de reconocer el derecho que tienen tales organizaciones sindicales de defender sus propios intereses aunque sin olvidar el precepto que impone como requisito una representación mínima del 75% de los trabajadores del gremio u oficio, afiliados a un solo sindicato. Obviamente la carga probatoria corresponde a la parte interesada".

IV. **A manera de conclusiones**

La Constitución garantiza el derecho de negociación colectiva para regular las relaciones labores, con las excepciones que señale la ley, según el artículo 55, que agrega el deber del Estado de promover la concertación y los demás medios para la solución pacífica de los conflictos colectivos de trabajo.

Así, el Código de la materia define la convención colectiva de trabajo como aquella que se celebra entre uno o varios patronos o asociaciones patronales, por una parte, y uno o varios sindicatos o federaciones sindicales de trabajadores, por la otra, para fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia (*ibidem*, art. 467). Y el artículo 40 de la Ley 50 de 1990 que modificó el artículo 356 del Código Sustantivo del Trabajo, clasifica los sindicatos de los trabajadores del modo siguiente: *De empresa* (anteriormente denominados de base), si están formados por individuos de varias profesiones, oficios o especialidades, que prestan sus servicios a una misma empresa, establecimiento o institución; *de industria o por rama de actividad económica*, si están formados por individuos que prestan sus servicios en varias empresas de la misma industria o rama de actividad económica; *gremiales*, si están formados por individuos de una misma profesión, oficio o especialidad, y *de oficios varios*, si están formados por trabajadores de diversas profesiones.

Leyes especiales (los decretos con fuerza de ley distinguidos con los números 1651 y 1652 de 1977, el primero especialmente en sus artículos 3° y 133, y el segundo en su artículo 34, así como el artículo 5° del Decreto 1313 de 1978), crearon una nueva modalidad de servidores públicos, los funcionarios de seguridad social del ISS, a los cuales otorgaron el derecho de constituir sindicatos y asociaciones gremiales con el

propósito de que pudieran celebrar convenciones colectivas sobre sueldos con el Instituto, debiendo el Gobierno Nacional reglamentar el aspecto relativo al procedimiento.

La reglamentación contenida en los Decretos 2859 de 1980 y 3036 de 1982, aunque señaló el trámite para la adopción de los convenios y la firma y aprobación de la convención colectiva, guardó silencio en relación con la representación de las mayorías, regla fundamental que por su carácter democrático ha terminado por imponerse, pues no solamente facilita las negociaciones sino que también impide conflictos y rupturas de tipo sindical.

Ante el aparente vacío jurídico que se presenta, la Sección Segunda de esta Corporación ha sostenido la necesidad de dar aplicación a las normas generales sobre la materia, contenidas en la legislación laboral, que, por lo demás, prevalecen sobre cualesquiera otras, en caso de conflictos (C. S. del T., art. 20). Conclusión que se hace más convincente ahora, cuando convertido el ISS en empresa industrial y comercial del Estado, debe regirse predominantemente por normas de derecho privado.

La mayoría autorizada para llevar la representación sindical será entonces, en los sindicatos de empresa, la dispuesta en el artículo 357 del Código Sustantivo del Trabajo, en concordancia con el artículo 26 del Decreto 2351 de 1965, conforme al cual "subsistirá el que tenga mayor número de afiliados"; y en los sindicatos gremiales, el que acredite un número de afiliados no inferior a setenta y cinco (75%) de los trabajadores de una misma profesión, oficio o especialidad de una empresa, por mandato del artículo 3°, numeral 5° de la Ley 48 de 1968.

En relación con la segunda pregunta, si bien la Ley 48 de 1968, en el numeral 5° de su artículo 3°, que atrás se transcribió, prescribe que el acuerdo a que se llegue con el sindicato gremial correspondiente, formará un capítulo especial de la respectiva convención colectiva de trabajo que se suscriba con el sindicato de empresa, para el caso de los funcionarios de seguridad social existen disposiciones especiales, de aplicación preferente. De conformidad con dicha normatividad, contenida en el Decreto 2859 de 1980 con las modificaciones introducidas por el Decreto 3036 de 1982, el tratamiento jurídico que debe darse a las respectivas convenciones colectivas de trabajo, celebradas con los sindicatos con reconocimiento jurídico y que acrediten la mayoría requerida, comprende:

a) *La negociación*, que se adelantará conjuntamente con los distintos sindicatos, sin perjuicio del derecho de cada uno de ellos a presentar su respectivo pliego de peticiones, precepto con el cual se pretende mantener criterios uniformes por parte del ISS para el manejo de los convenios, sobre todo, para estar en condiciones de hacer la evaluación de sus costos y posteriormente, efectuar las modificaciones o adiciones presupuestales a que haya lugar. En esta etapa, "los negociadores actuarán *ad referéndum* del Director General y de la Junta Administradora del Instituto" (hoy Presidente y

Consejo Directivo del Instituto).

b) *La adopción* de los convenios, que se hará por el Consejo Directivo al aprobar el proyecto de convención con la evaluación de sus costos.

c) *La firma* de la respectiva convención por el presidente del ISS, quien debe actuar con la debida autorización del Consejo Directivo, y por el representante o representantes del sindicato gremial. Y,

d) *La aprobación* de la convención por el Gobierno Nacional, una vez el Consejo Directivo la haya adoptado por acuerdo.

EN CONCORDANCIA CON LO EXPUESTO,

LA SALA RESPONDE:

1. Para negociar y celebrar convenciones colectivas de trabajo, los sindicatos y gremios de funcionarios de seguridad social deben acreditar la mayoría de afiliados consistente en el setenta y cinco (75%) o más de los trabajadores de una misma profesión, oficio o especialidad al servicio del Instituto de Seguros Sociales.

2. Las convenciones colectivas que se celebren con los sindicatos gremiales constituidos por funcionarios de seguridad social, y que acrediten la mayoría a que se refiere el numeral anterior, son independientes y no constituyen capítulos especiales de la convención colectiva de trabajo que se suscriba con el sindicato de empresa.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a la señora Ministra de Trabajo y Seguridad Social y al señor Secretario Jurídico de la Presidencia de la República (C. C. A, art. 112).

Roberto Suárez Franco, Presidente de la Sala; *Javier Henao Hidrón, César Hoyos Salazar, Luis Camilo Osorio Isaza.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

NOTA DE RELATORIA: Menciona la sentencia del 15 de junio de 1979 y 15 de junio de 1992 de la sección segunda de la corporación, relativos al tema del registro.

CONSULTA NUMERO 721

(31 de agosto de 1995)

IMPUESTO DE DEGÜELLO DE GANADO MAYOR - Destinación de la Renta / IMPUESTO DE DEGÜELLO DE GANADO MAYOR - Lugar de Recaudo.

La renta proveniente del impuesto de degüello de ganado mayor corresponde a los departamentos y se recauda en el lugar del sacrificio atendiendo a los sujetos pasivos, la base gravable y las tarifas que, mediante ordenanza, fijen las respectivas asambleas.

Autorizada su publicación con oficio número 396 de 7 de septiembre de 1995.

Santa Fe de Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Javier Henao Hidrón.*

Radicación número 721.

Referencia: Consulta sobre la competencia para el recaudo del impuesto de degüello de ganado mayor de carne en canal.

El señor Ministro del Interior, atendiendo una petición que le fuese formulada por el gobernador del Caquetá, solicita el concepto de la Sala en relación con el impuesto de degüello de ganado mayor, con el propósito de aclarar, frente a terceros exportadores de carne en canal, si la competencia para el recaudo de la renta está determinada por el lugar del consumo o en razón del lugar del sacrificio.

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE:

I. Antecedentes.

Desde la promulgación de la Ley 8ª de 1909 el impuesto de degüello de *ganado mayor* es un tributo de propiedad exclusiva de los departamentos, así como el proveniente del degüello de *ganado menor* corresponde a los municipios.

La competencia para el recaudo y la consiguiente propiedad de la renta estuvo determinada conforme al factor territorial, por razón del lugar del sacrificio del animal. Sin embargo, en el año de 1945 fue expedida la Ley 31, inspirada en el propósito de favorecer la industria ganadera y las conveniencias del consumidor y, al efecto, se dispuso que "cuando el dueño de ganado mayor o menor declare, en la recaudación respectiva, que va a sacrificar determinadas reses para transportar las carnes a lugar distinto de aquel en que los ganados se sacrifican, el impuesto se pagará en el lugar en que las carnes se consuman" (*ibidem*, art. 3°). En el mismo texto de la ley se advirtió que, con esta salvedad, el impuesto continuaba causándose y recaudándose en la forma acordada por las disposiciones vigentes que regulan la materia.

La situación varió con la entrada en vigencia de los Decretos-ley 1222 y 1333 de 1986, que contienen el Código de Régimen Departamental y el Código de Régimen Municipal, respectivamente.

En la *codificación* de disposiciones constitucionales y legales relativas a la organización y funcionamiento de la administración departamental (Decreto 1222 de 1986), expedida por el Gobierno Nacional con base en las facultades extraordinarias conferidas por el artículo 35 de la Ley 3ª de 1986, expresamente se dispuso la derogación de todas las normas de carácter legal sobre la materia, que no hubiesen sido codificadas (*ibidem*, art. 339), declaración que luego la Corte Suprema de Justicia estimó ajustada a la Constitución Política, conforme a la sentencia de 13 de noviembre del mismo año. Ni en el título dedicado a las rentas departamentales, ni más concretamente en el capítulo sobre el impuesto de degüello de ganado mayor, el codificador incluyó el artículo 3° de la Ley 31 de 1945. En cambio, con los artículos 9° y 4° tomados de las Leyes 56 de 1918 y 34 de 1925, respectivamente, fue conformado un capítulo con la denominación "impuesto de degüello de ganado mayor", el cual contiene únicamente los dos preceptos siguientes:

"Artículo 161. Los departamentos pueden fijar libremente la cuota del impuesto sobre degüello de ganado mayor.

Artículo 162. Las rentas sobre el degüello no podrán darse en arrendamiento".

Por su parte, la Constitución de 1991 preceptuó que los bienes y rentas de las entidades territoriales, son de su propiedad exclusiva y gozan de las mismas garantías que la propiedad y renta de los particulares; que los impuestos departamentales y municipales gozan de protección, no pudiendo ser trasladados a la Nación, salvo temporalmente en caso de guerra exterior; y que el sistema tributario se funda en los principios de equidad, eficiencia y progresividad; igualmente, prohibió la aplicación con retroactividad de las leyes tributarias (arts. 362 y 363), así como el conceder exenciones y tratamientos preferenciales en relación con los tributos de propiedad de las entidades territoriales (art. 294). En cuanto a la potestad de decretar los tributos y contribuciones necesarios para el cumplimiento de las funciones departamentales, la atribuyó, de conformidad con la ley, a las asambleas departamentales (art. 300, numeral 4).

II. El impuesto de degüello

Concebido como un tributo en favor de los departamentos y de los municipios (según se tratase de ganado mayor o de ganado menor), el degüello se causa por la acción de degollar, que significa cortar el cuello al animal, sacrificarlo para destinar su carne al consumo humano.

La Ley 31 de 1945 adoptó la modalidad consistente en el pago del impuesto en el lugar de consumo de las carnes, buscando, según su intención, favorecer la industria ganadera y las conveniencias del consumidor, para el caso de transporte de carnes a lugar distinto de aquel en que los ganados se sacrifican. Pero esta variante perdió vida jurídica con la expedición del Decreto-ley 1222 de 1986 o Código de Régimen Departamental, por virtud de su artículo 339 que prescribió la derogatoria de las leyes sobre organización y funcionamiento de la administración departamental que no hubiesen quedado incluidas en la mencionada codificación. Ello fue precisamente lo ocurrido con el artículo 3° de la Ley 31 de 1945: al ser excluido del nuevo estatuto departamental, quedó *ipso facto* derogado. Producido este fenómeno jurídico por mandato de ley, entendida en sentido material, la consecuencia lógica es la aplicación integral de la competencia territorial que, por la naturaleza misma del impuesto, corresponde al lugar de sacrificio del ganado.

Por tanto, sólo del departamento en cuya jurisdicción tenga lugar el sacrificio de ganado mayor, podrá recaudar el correspondiente impuesto de degüello, conforme a la base gravable, tarifa y reglamentación que establezca la asamblea departamental.

Por lo demás las disposiciones del Decreto-ley 1222 de 1986 (arts. 161, 162 y 339) conservan su vigencia, por cuanto no han sido derogadas ni modificadas por leyes posteriores.

Los principios en materia tributaria contenidos en la nueva Constitución Política expedida en julio de 1991, sirven para reiterar la posición que aquí asume la Sala.

Es así como en desarrollo del principio de la legalidad de los tributos, de rancia tradición constitucional en Colombia, se han establecido diversos ámbitos espaciales (el nacional, el departamental, el distrital y el municipal), cada uno de los cuales dispone de potestad para recaudar el producto de los impuestos asignados por la ley. A su vez, podrán destinarlos, atendiendo tanto a planes y programas como a la organización del respectivo presupuesto financiero, al cumplimiento de sus funciones, en desarrollo de la autonomía de las entidades territoriales, derecho que debe ser ejercido dentro de los límites de la Constitución y de la ley.

Aunque las corporaciones públicas de departamentos y municipios sólo pueden hacer la regulación de los impuestos asignados, conforme a las prescripciones de la ley, ésta, a su turno, no puede conceder exenciones o tratamientos preferenciales en favor de los sujetos pasivos (materia que les compete a aquéllas, exclusivamente), ni disponer el traslado de ninguno de tales tributos a la Nación, salvo en caso de guerra exterior y

de modo temporal. Todo lo cual otorga protección constitucional a los impuestos de las entidades territoriales, que ciertamente son de su propiedad exclusiva y gozan de las mismas garantías que la propiedad privada.

De manera que una vez distribuidos por la ley los tributos entre la Nación y las entidades territoriales, y fijado el marco de acción de las asambleas y los concejos, aquella tendrá que respetar la autonomía territorial, quedando sin competencia para disponer posteriomente respecto de exenciones, tratamientos preferenciales, recargos, o para acudir a forma alguna que vulnere el derecho de propiedad; salvo que el legislador decida hacer una nueva distribución de los tributos del Estado.

Por todo ello, el derecho de los departamentos sobre sus impuestos, implica el ejercicio de la potestad de regulación en sus diversos aspectos (base gravable, tarifa, sujeto pasivo, forma de recaudo, etc.), sin más limitaciones que las impuestas por la ley dentro del marco constitucional.

Y como el precepto legal que imponía una nueva competencia para el recaudo de la renta proveniente del impuesto de degüello de ganado mayor, cuando el propietario declaraba ante autoridad competente que iba a sacrificar determinadas reses para transportar las carnes ("carne en canal") a lugar distinto de aquél en que los ganados se sacrifican, fue derogado por mandato del artículo 339 del Decreto-ley 1222 de 1986, la competencia para el recaudo es hoy en día, en todos los casos, de los departamentos en cuya jurisdicción se efectúa el degüello, en forma exclusiva.

En consonancia con lo expuesto, la Sala responde:

La renta proveniente del impuesto de degüello de ganado mayor corresponde a los departamentos y se recauda en el lugar del sacrificio atendiendo a los sujetos pasivos, la base gravable y las tarifas que, mediante ordenanza, fijen las respectivas asambleas.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, al Ministro del Interior y al Secretario Jurídico de la Presidencia de la República (C. C. A., art. 112).

Roberto Suárez Franco, Presidente de la Sala; *Javier Henao Hidrón, César Hoyos Salazar, Luis Camilo Osorio Isaza.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

CONSULTA NUMERO 727

(8 de septiembre de 1996)

REVERSION DE BIENES - Derogatoria de norma.

El Decreto 805 de 1947 por cuya aplicación se pregunta debe señalarse como derogado, en esta derogatoria se entienden desde luego incluidos sus artículos 106, 107 y 108, por causa de que este decreto reglamentaba la Ley 85 de 1945, la cual fue expresamente derogada por el Código de Minas. Lo subsidiario sigue la suerte de lo principal, de tal forma que desapareció el estatuto reglamentado, el reglamentario –que sólo existe en razón de aquel– también fenece. Los Decretos 1054 de 1932 y 1343 de 1937, al haber quedado incorporados al texto del Decreto 805 citado, de igual manera corrieron idéntica suerte.

Autorizada su publicación con oficio Nº 00342 de 11 de enero de 1996.

CONTRATO DE CONCESION - Inaplicación de cláusula de reversión.

Las disposiciones del Decreto 805 de 1947 no tienen aplicación a los casos de reversión de concesiones aunque estas se hubieren otorgado bajo su vigencia. Existe una doble razón: Que la disposición fue derogada y porque la materia relativa a la reglamentación de aquellas actividades podía modificarse en cualquier momento por el legislador. No obstante que su contenido se hubiera convertido en cláusulas contractuales, en virtud de que trata asuntos de interés público a cuyo manejo el Estado no puede renunciar en virtud del negocio de la concesión representa, ya que éste no puede interferir ni alterar la función pública. El artículo 1602 del Código Civil consagra el principio de que el contrato es ley para las partes y con este criterio concuerdan los artículos 38 de la Ley 153 de 1887 y 78 de la Ley 80 de 1983 que determinan el sometimiento de la concesión a las normas vigentes en el momento de su celebración. La idea que orienta la jurisprudencia y la doctrina respecto del tratamiento que debe darse a la concesión es la de que, siendo ley para las partes los aspectos relativos al negocio que el contrato comporta, los cuales no pueden modificarse unilateralmente por el Estado, las condi-

ciones del servicio involucran el interés público y por ello permanecen bajo control legal, en la medida en que aquél, entendido como de orden público, constituye la función primordial del Estado a la que éste no puede renunciar.

CONTRATO DE CONCESION DE GRAN MINERIA - Cláusula de reversión / CONTRATO DE CONCESION DE MEDIANA MINERIA - Improcedencia de reversión / CONTRATO DE APORTES NACIONALES - Improcedencia de reversión.

El artículo 74 del Código de Minas, Decreto 2655 de 1988, al integrar a su texto las normas del Decreto 805 de 1947, no empece a que se conservó la misma orientación anterior, precisó que la reversión sólo opera respecto de contratos de concesión de gran minería en cuyos casos el contratista está obligado a dejar en estado de funcionamiento todos los bienes destinados a la exploración y explotación de yacimientos y a su beneficio. Así las cosas, la reversión no opera y la norma lo puntualizó, en lo referente a contratos de concesión de mediana minería, ni en las licencias de explotación o exploración, ni "tampoco habrá lugar a ella en favor de la Nación en los aportes", dijo la disposición en su enunciado final; además en los casos de caducidad, la norma excluyó la reversión cuando aquélla se origine por causa de muerte.

CELEBRACION DE CONTRATO DE CONCESION DE GRAN MINERIA- Derechos adquiridos / LEY POSTERIOR - Aplicación.

En ningún caso se entiende que exista desconocimiento de derechos adquiridos al aplicar la ley posterior en reemplazo de la vigente en el momento de celebrarse el contrato, por cuanto la disposición contenida en el artículo 74 del Código de Minas, Decreto 2655 de 1988 no establece situaciones más gravosas de las existentes bajo el imperio de las normas anteriores consignadas en el Decreto 805 de 1947 y en vigor al momento de celebrarse el respectivo contrato; en el caso presente, se reitera, no aparece que de la aplicación de la legislación posterior contenida en el Código de Minas se aprecie detrimento, desmejora o desconocimiento de derechos establecidos por disposiciones anteriores. Conviene precisar que con el cambio de la legislación, el Código de Minas es muy claro en lo referente a que su aplicación no obra en relación con la mediana y pequeña minería (salvo excepciones señaladas por el Gobierno) y en lo que a la gran minería se refiere la entrega en funcionamiento de los bienes propios de la exploración, explotación y beneficio minero, se apoya sobre dos presupuestos contractuales como son la reversión al dominio del Estado (pactada en la Legislación anterior) y la facultad de éste para vigilar que tal operación se lleve a efecto sin detrimento de los intereses públicos; ambos son aspectos atinentes a cues-

tiones universalmente aceptadas como materia de orden público y de exclusiva competencia legal.

Autorizada la publicación con oficio Nº 00342 del 11 de enero de 1996.

Consejero Ponente: Doctor *Luis Camilo Osorio Isaza.*

Santa Fe de Bogotá, D. C., ocho (8) de septiembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Radicación número 727.

Referencia: Contratos de concesión minera. Aplicación de normas sobre reversión. (Decreto 805 de 1947 artículos 106, 107 y 108; artículo 38 de la Ley 153 de 1887; y artículo 74 del Decreto 2655 de 1988 Código de Minas).

El señor Ministro de Minas y Energía ha formulado a la Sala la siguiente consulta:

"ANTECEDENTES

"1. Los artículos 106, 107 y 108 del Decreto 805 de 1947 regulaban la institución de la reversión en los contratos de concesión de yacimientos minerales.

"2. El artículo 38 de la Ley 153 entiende incorporadas en todo contrato las leyes vigentes al tiempo de su celebración, prescripción esta, repetida a título de cláusula en los contratos de concesión minera celebrados bajo la vigencia del Decreto 805 de 1947, agregando que dicha incorporación es íntegra e incondicional.

"3. El actual Código de Minas, Decreto 2655 de 1988, artículo 74, regula la institución de la reversión en los contratos de concesión de yacimientos minerales, restringiendo su campo de aplicación respecto del ordenamiento jurídico del año 1947, a los contratos de gran minería, excepcionalmente a los de mediana minería y licencias de exploración o de explotación, a los casos de caducidad y renuncia posterior a veinte (20) años de explotación y, en cuanto a los bienes objeto de reversión, a las propiedades muebles e inmuebles adquiridos con destino o en beneficio exclusivo de la explotación y de las operaciones anexas de transporte externo y embarque de minerales, siempre que estas últimas no estuvieren también destinadas al servicio de otras explotaciones del mismo concesionario o de sus filiales o subsidiarias.

"4. La Doctrina y la jurisprudencia han distinguido en los contratos de concesión las cláusulas reglamentarias de las propiamente contractuales, para significar que aquellas pueden ser objeto de modificación unilateral por vía legislativa y que éstas, comprenden los términos financieros o la retribución del concesionario por la colaboración que presta y como tales, constituyen derechos adquiridos que no pueden ser variados unilateralmente por la Administración. En este sentido se pronunció el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil en concepto

del 11 de marzo de 1972, con ponencia del doctor Alberto Hernández Mora (Anales Tomo LXXXII, pág. 35). Este concepto incluye la afirmación del Consejo de Estado de que las normas sobre reversión participan de la condición de reglamentarias de un servicio público. En efecto, allí se lee (pág. 41):

"A las disposiciones legales citadas podrían agregarse, por vía de ejemplo, algunas normas del Código de Petróleos características de la reglamentación de un servicio público, como son...la que establece la reversión y las providencias conservatorias (art. 31)..."

Aunque la norma se refiere a contratos de petróleos creemos análoga la situación en cuanto se refiere a concesiones para la explotación de recursos naturales no renovables.

SE CONSULTA

A los contratos de concesión minera celebrados bajo la vigencia del Decreto 805 de 1947 debe aplicarse a su vencimiento las normas sobre reversión establecidas en los artículos 106, 107 y 108 de este estatuto, en virtud de la prescripción del artículo 38 de la Ley 153 de 1887, repetida a título de cláusula en estos contratos o debe, por el contrario, darse aplicación al actual artículo 74 del Código de Minas, por considerarse que las cláusulas sobre la materia son de naturaleza reglamentaria susceptibles de modificación legal".

La Sala considera:

Para mejor ilustración del asunto conviene transcribir el texto de las disposiciones citadas, cuyo contenido es del siguiente tenor:

Ley 153 de 1887.

Art. 38. En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración.

Exceptúanse de esta disposición:

1. Las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato; y

2. Las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado; la cual infracción será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido".

...

"Decreto 805 de 1947", por el cual se reglamenta la Ley 85 de 1945, se sustituyen los Decretos 1054 de 1932 y 1343 de 1937 y se dictan otras disposiciones sobre minas".

"Art. 106. Al vencimiento del término de duración de estos contratos, todos los muebles e inmuebles adquiridos o construidos por el concesionario, o por quien represente sus derechos y destinados al servicio de la empresa, así como los equipos y maquinaria de exploración y explotación de las minas y beneficio de los minerales, el material en laboreo, los elementos de transporte, las vías de comunicación y locomoción y, en genral, todo lo destinado a la exploración y explotación de los yacimientos y al beneficio de los minerales, pasarán al dominio del Estado a título de reversión, sin pago ni indemnización de ninguna especie a cargo de la Nación.

El Gobierno podrá tomar posesión inmediata de tales bienes y elementos.

Art. 107. También se operará la reversión cuando se declare la caducidad del contrato y como consecuencia de ella; en este caso la posesión la tomará el Gobierno tan pronto como esté ejecutoriada la providencia en que se declare la caducidad.

Art. 108. El Ministerio de Minas y Petróleos podrá tomar en todo tiempo las providencias conservativas que estime convenientes para impedir que se perjudiquen o inutilicen los yacimientos o los bienes y elementos objeto de la reversión".

...

"Decreto 2655 de 1988, por el cual se expide el Código de Minas".

Art. 74. Al vencimiento de los contratos de concesión de gran minería el contratista está obligado a dejar en estado de funcionamiento, los equipos de funcionamiento, instalaciones y obras mineras que para entonces estén en uso o actividad y a entregar, a título de reversión gratuita, todas las propiedades muebles e inmuebles adquiridas con destino o en beneficio exclusivo de la explotación y de las operaciones anexas de transporte externo y embarque de minerales, siempre que estas últimas no estuvieren también destinadas al servicio de otras explotaciones del mismo concesionario o de sus filiales o subsidiarias.

En igual forma habrá lugar a la reversión en caso de caducidad del contrato, decretada por las causales contempladas en el artículo 76 de este código, con excepción de la muerte del concesionario. En este evento sus causahabientes directamente o por medio del juez o funcionario competente, podrán retirar y disponer de los bienes afectos a la explotación, salvo aquellos que se hallen incorporados a los yacimientos o a sus accesos y que no puedan retirarse sin detrimento de los frentes de trabajo minero.

También operará la reversión en caso de renuncia del concesionario formulada después de los veinte (20) años de explotación.

El Ministerio podrá, administrativamente, tomar en cualquier tiempo, las medidas conservatorias que estime necesarias para garantizar la efectividad de la reversión gratuita de bienes.

En los contratos de concesión de mediana minería y licencias de exploración o de explotación no operará la reversión de bienes excepto cuando a juicio del Ministerio sea necesario conservar las instalaciones fijas y las excavaciones mineras para iniciar un nuevo proyecto. Tampoco habrá lugar a ella en favor de la Nación en los aportes.

...

Por otra parte, dispone la Ley 80 de 1993 "estatuto general de contratación de la administración pública":

"Art. 19. En los contratos de explotación o concesión de bienes estatales se pactará que, al finalizar el término de la explotación o concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma pasen a ser propiedad de la entidad contratante, sin que por ello ésta deba efectuar compensación alguna".

El estudio presta mérito para transcribir el artículo 325 del Código de Minas que contiene la derogatoria expresa de normas anteriores con el contenido que a continuación se consigna:

Decreto 2655 de 1988.

"Art. 325. Derogaciones. Deróganse las siguientes disposiciones: Ley 38 de 1887, Decreto 223 de 1932, Ley 13 de 1937, Ley 85 de 1945, Ley 60 de 1967, Ley 20 de 1969, con excepción de los artículos 1° y 13, Decretos 1224, 1245 y 1249 de 1974, Ley 61 de 1979, artículo 254 del Código Contencioso Administrativo, igualmente se derogan las disposiciones legales que adicionan o reforman las antes mencionadas y en general cualesquiera disposiciones contrarias a las normas del presente código.

Se exceptúan de esta derogación las normas vigentes que señalen gravámenes o contraprestaciones en favor del Estado a las minas; amparadas por títulos de adjudicación o redimidas a perpetuidad.

Por lo demás, el Decreto 805 de 1947 por cuya aplicación se pregunta debe señalarse como derogado; en esta derogatoria se entienden desde luego incluidos sus artículos 106, 107 y 108, por causa de que este decreto reglamentaba la Ley 85 de 1945, la cual fue expresamente derogada por el Código de Minas. Lo subsidiario sigue la suerte de lo principal, de tal forma que desaparecido el estatuto reglamentado, el reglamentario –que sólo existe en razón de aquel– también fenece.

Los Decretos 1054 de 1932 y 1343 de 1937, al haber quedado incorporados al texto del Decreto 805 citado, de igual manera corrieron idéntica suerte.

En cuanto a que las disposiciones derogadas continúen teniendo vigencia, por haber sido convertidas en cláusulas contractuales o porque el mandato del artículo 38

de la Ley 153 de 1887 incorpora al contrato todas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, debe recordarse que el Decreto 805 de 1947, como norma reglamentaria de la Ley 85 de 1945, tenía por objeto atender el funcionamiento del servicio de la concesión de la cual se ocupaba el estatuto reglado y que a ese respecto la Sala, en el concepto al que alude la consulta, fijó el criterio de que la concesión de un servicio público o de la explotación de riquezas nacionales es un contrato de características muy especiales por cuanto el Estado tiene la obligación de garantizar los servicios y velar por la preservación de las riquezas naturales.

La Sala en su pronunciamiento de 11 de marzo de 1972 dijo, sobre concesión de servicios públicos, que aun cuando es materia distinta, porque esta consulta versa sobre concesión de exploración y explotación de recursos naturales, sí señala criterios importantes sobre este asunto, así:

> "Si las cláusulas que conciernen exclusivamente a las garantías financieras del concesionario son de naturaleza contractual, en cambio la reglamentación del servicio, lo que la doctrina llama Ley del Servicio, escapa a las estipulaciones del contrato, en virtud de un principio fundamental a nuestro ordenamiento jurídico, según el cual la organización de los servicios públicos depende de la competencia unilateral y exclusiva de los órganos del Estado. Es esta circunstancia la que hace pensar a algunos autores que la "concesión de un servicio público no constituye propiamente un contrato, en razón del objeto mismo sobre el cual ella recae.
>
> En todo convenio de concesión es preciso distinguir, por lo tanto, la parte reglamentaria del servicio, que permanece en manos del Estado y éste puede cambiar unilateralmente en todo momento en ejercicio de competencias constitucionales y legales inalienables y la parte propiamente contractual.
>
> Tienen naturaleza reglamentaria todas las cláusulas concernientes a la organización y funcionamiento del servicio, que son, en consecuencia, de interés general; y naturaleza contractual las que fijan los términos financieros o la retribución del concesionario por la colaboración que presta, que solamente interesan a los contratantes". (Anales del Consejo de Estado. Año XLVII - Tomo LXXXII. Primer Semestre 1972).

De conformidad con lo expuesto las disposiciones del Decreto 805 de 1947 no tienen aplicación a los casos de reversión de concesiones aunque éstas se hubieren otorgado bajo su vigencia. Existe una doble razón: Que la disposición fue derogada y porque la materia relativa a la reglamentación de aquellas actividades podía modificarse en cualquier momento por el legislador. No obstante que su contenido se hubiera convertido en cláusulas contractuales, en virtud de que trata asuntos de interés público a cuyo manejo el Estado no puede renunciar en virtud del negocio que la concesión representa, ya que éste no puede interferir ni alterar la función pública.

El artículo 1602 del Código Civil consagra el principio de que el contrato es ley para las partes y con este criterio concuerdan los artículos 38 de la Ley 153 de 1887 y

78 de la Ley 80 de 1993 que determinan el sometimiento de la concesión a las normas vigentes en el momento de su celebración.

La idea que orienta la jurisprudencia y la doctrina respecto del tratamiento que debe darse a la concesión es la de que, siendo ley para las partes los aspectos relativos al negocio que el contrato comporta, los cuales no pueden modificarse unilateralmente por el Estado, las condiciones del servicio involucran el interés público y por ello permanecen bajo control legal, en la medida en que aquél, entendido como de orden público, constituye la función primordial del Estado a la que éste no puede renunciar.

Finalmente el artículo 74 del Código de Minas, Decreto 2655 de 1988, al integrar a su texto las normas del Decreto 805 de 1947, no empece a que conservó la misma orientación anterior, precisó que la reversión sólo opera respecto de contratos de concesión de gran minería en cuyos casos el contratista está obligado a dejar en estado de funcionamiento todos los bienes destinados a la exploración y explotación de yacimientos y a su beneficio.

Así las cosas, la reversión no opera y la norma lo puntualizó, en lo referente a contratos de concesión de mediana minería, ni en las licencias de exploración o explotación, ni "tampoco habrá lugar a ella en favor de la Nación en los aportes", dijo la disposición en su enunciado final; además en los casos de caducidad, la norma excluyó la reversión cuando aquella se origine por causa de muerte,

> "En este evento sus causahabientes directamente o por medio del juez o funcionario competente, podrán retirar y disponer de los bienes afectos a la explotación, salvo aquellos que se hallen incorporados a los yacimientos o a sus accesos y que no puedan retirarse sin detrimento de los frentes de trabajo minero".

Por lo demás, en la legislación subrogada, el Ministerio conservó la facultad de tomar medidas conservatorias para garantizar la efectividad de la reversión gratuita de bienes.

En ningún caso se entiende que exista desconocimiento de derechos adquiridos al aplicar la ley posterior en reeemplazo de la vigente en el momento de celebrarse el contrato, por cuanto la disposición contenida en el artículo 74 del Código de Minas, Decreto 2655 de 1988 no establece situaciones más gravosas de las existentes bajo el imperio de las normas anteriores consignadas en el Decreto 805 de 1947 y en vigor al momento de celebrarse el respectivo contrato; en el caso presente, se reitera, no aparece que de la aplicación de la legislación posterior contenida en el Código de Minas se aprecie detrimento, desmejora o desconocimiento de derechos establecidos por disposiciones anteriores.

Conviene precisar que con el cambio de la legislación, el Código de Minas es muy claro en lo referente a que su aplicación no obra en relación con la mediana y pequeña minería (salvo excepciones señaladas por el Gobierno) y en lo que a la gran minería se refiere la entrega en funcionamiento de los bienes propios de la exploración,

explotación y beneficio minero, se apoya sobre dos presupuestos contractuales como son la reversión al dominio del Estado (pactada en la legislación anterior) y la facultad de éste para vigilar que tal operación se lleve a efecto sin detrimento de los intereses públicos; ambos son aspectos atinentes a cuestiones universalmente aceptadas como materia de orden público y de exclusiva competencia legal.

La Sala responde:

A los contratos de concesión minera celebrados bajo la vigencia del Decreto 805 de 1947 no se aplican a su vencimiento las normas sobre reversión establecidas en los artículos 106, 107 y 108 del mencionado estatuto, sino que se rigen por lo dispuesto en el artículo 74 del Código de Minas, Decreto 2655 de 1988.

Lo anterior no obsta para advertir que los derechos adquiridos, deben preservarse al aplicar la legislación vigente por estar garantizados en el artículo 332 de la Constitución Política y en el artículo 6° del Código de Minas, Decreto 2655 de 1968.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a los señores Ministro de Minas y Energía y al Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

Robero Suárez Franco, Presidente de la Sala; *Javier Henao Hidrón, César Hoyos Salazar, Luis Camilo Osorio Isaza.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

CONSULTA NUMERO 718

(14 de septiembre de 1995)

NACION - Representación / CONGRESO DE LA REPUBLICA - Representación / CONGRESO DE LA REPUBLICA - Representación en asuntos contractuales.

Está vigente el inciso 3º del artículo 149 del Decreto-ley 01 de 1984, en cuanto confiere al Ministro de Gobierno, hoy del Interior, la representación de la Nación-Congreso de la República. Pero modificado en cuanto a la representación de las entidades estatales, Senado de la República y Cámara de Representantes, en asuntos contractuales, que la letra a) del numeral 3º del artículo 11 de la Ley 80 de 1993 atribuye el Presidente de la respectiva entidad. La representación de la Nación-Congreso de la República, en cabeza del Ministro de Gobierno, hoy del Interior, se refiere a toda clase de procesos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, distintos de los que tengan origen en el proceso de la contratación. La representación del Senado de la República y de la Cámara de Representantes, en los procesos contencioso administrativos que tengan origen en el proceso de contratación o surjan con ocasión de contratos celebrados por dichas entidades estatales, corresponde al respectivo Presidente.

Autorizada su publicación con oficio 476 de 27 de septiembre de 1995.

Santa Fe de Bogotá, D. C., catorce de septiembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *César Hoyos Salazar.*

Radicación número 718.

Referencia: ¿Está vigente el artículo 149 del Decreto 01 de 1984, en cuanto atribuye la representación de la Nación –Congreso de la República– al Ministro de Gobierno, hoy del Interior?

El señor Ministro de Gobierno, doctor Horacio Serpa Uribe, formula a la Sala la siguiente consulta:

"1. ¿Se considera vigente el artículo 149 del Decreto 01 de 1984, en cuanto confiere al Ministro de Gobierno la representación de la Nación, Congreso de la República?

"2. De ser afirmativa la respuesta a la pregunta anterior, ¿la citada representación se refiere a toda clase de procesos judiciales, o solamente de los contencioso administrativos?

"3. Si solamente de los contencioso administrativos, ¿también allí se comprenden los contractuales?".

1. ANTECEDENTES

El Decreto 01 de 1984 dispone:

"Artículo 149. Representación de las personas de derecho público. Las entidades públicas y las privadas que cumplan funciones públicas podrán obrar como demandantes, demandadas o intervinientes en los procesos contencioso administrativos, por medio de sus representantes, debidamente acreditados. Ellas podrán incoar todas las acciones previstas en este Código si las circunstancias lo ameritan".

"En los procesos contencioso administrativos la Nación estará representada por el Ministro, Jefe de Departamento Administrativo, Superintendente, Registrador Nacional del Estado Civil, Procurador o Contralor, según el caso; en general, por la persona de mayor jerarquía en la entidad que expidió el acto o produjo el hecho".

"Sin embargo, **el Ministro de Gobierno representa a la Nación en cuanto se relacione con el Congreso** y el de Justicia en lo referente a la Rama Jurisdiccional".

La Ley 5ª de 1992 preceptúa:

"Art. 19. Funciones del Presidente del Congreso. El Presidente del Senado es el Presidente del Congreso y a él corresponde desempeñar las funciones siguientes:

"(...)

"2.. **Llevar, con el Vicepresidente del Congreso, que lo es el Presidente de la Cámara, la representación de la Rama Legislativa del Poder Público ante las otras Ramas,** gobiernos, entidades públicas o privadas nacionales o extranjeras". (Resaltado fuera del texto).

"Art. 43. Funciones. Los Presidentes de las Cámaras Legislativas cumplirán las siguientes funciones:

"...

7. Llevar la debida representación de la Corporación".

La Ley 80 de 1993 ordena:

"Artículo 11. De la competencia para dirigir licitaciones o concursos y para celebrar contratos estatales. En las entidades a que se refiere el artículo 2º:

1°. La competencia para ordenar y dirigir la celebración de licitaciones o concursos y para escoger contratistas será el jefe o representante de la entidad, según el caso.

2°. Tiene competencia para celebrar contratos a nombre de la Nación, el Presidente de la República.

3°. Tienen competencia para celebrar contratos a nombre de la entidad respectiva:

a) Los ministros del despacho, los directores de departamentos administrativos, los superintendentes, los jefes de unidades administrativas especiales, **el Presidente del Senado de la República, el Presidente de la Cámara de Representantes,** los Presidentes de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y de sus Consejos Seccionales, el Fiscal General de la Nación, el Contralor General de la República, el Procurador General de la Nación y el Registrador Nacional del Estado Civil". (Resaltado fuera del texto).

2. CONSIDERACIONES

En materia procesal, la doctrina distingue entre capacidad para ser parte y capacidad procesal. La primera es la aptitud jurídica para ser titular de los derechos o de las obligaciones de carácter procesal que a las partes se refieren. La segunda, también llamada capacidad para comparecer en juicio o legitimario *ad processum,* es la adecuada o debida representación de las partes en el proceso para poder realizar con eficiacia actos procesales.

Las entidades de derecho público tienen capacidad para ser parte, para obrar como demandantes, demandadas o intervinientes en los procesos judiciales. Y comparecen a dichos procesos por medio de los representantes previstos en la Constitución o la ley.

La Ley 80 de 1993 (Estatuto General de Contratación de la Administración Pública) y sólo para efectos de esa ley, en su artículo 2° otorga al Senado de la República y a la Cámara de Representantes el carácter de entidades estatales y en el artículo 11 confiere competencia a los Presidentes de estas entidades para que, en representación de ellas, celebren contratos. Estos artículos fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional en sentencia C-374 de agosto 25 de 1994.

Ahora bien, bajo ese carácter de entidades estatales la Ley 80 no sólo permite que algunas dependencias y organismos públicos celebren contratos sino, también, que comparezcan como demandados o demandantes. En efecto, el artículo 50 atribuye responsabilidad a "las entidades estatales" por actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y causen perjuicios a sus contratistas; o sea, que dichas entidades pueden ser demandadas y si fueren declaradas responsables, las condenas pecuniarias respecto de aquellas que carecen de patrimonio propio, por no ser personas jurídicas, resultarán afectando los recursos que en el presupuesto se les asigne. De otra parte, el artículo 54 faculta a dichas entidades para iniciar acción de repetición contra el servidor público que no hubiere sido llamado en garantía al proceso en que se condenó a la entidad por hechos u omisiones imputables a título de dolo o culpa grave.

A lo anterior se agrega que el artículo 14 asigna a las entidades estatales, para el cumplimiento de los fines de la contratación, la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato, lo que puede llevar hasta promover procesos de ejecución o cumplimiento ante la jurisdicción contencioso administrativa (art. 75). Y, de otra parte, está también la acción contractual en que puede verse comprometida la entidad estatal contratante.

En relación con el tema que a la Sala ocupa, es oportuno recordar que la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de mayo 29 de 1990, afirma:

> "2. Que las funciones de ejecución administrativa y de representación en juicio no están supeditadas a la circunstancia de que los entes respectivos sean personas jurídicas".
>
> "3. Que la personalidad jurídica, así como la personería jurídica o de representación y para comparecer en juicio, son de mera estirpe legal pero no de rango constitucional y pueden por tanto ser modificadas por la ley sin violar la Constitución".

Entonces, si estas entidades estatales pueden demandar y ser demandadas en los precisos asuntos contractuales que regula la Ley 80 de 1993, ¿quién en el caso del Senado de la República y de la Cámara de Representantes las representa en los respectivos procesos? El Presidente de la respectiva entidad estatal contratante, resulta ser la conclusión lógica. Veamos por qué.

a) No deben ser el Presidente del Congreso, en asocio del Vicepresidente del mismo, porque la función que a estos asigna la Ley 5ª de 1992 es la de representar la Rama Legislativa del Poder Público ante las otras Ramas, o gobiernos, o entidades públicas o privadas en el ejercicio de las funciones propias de la Corporación y de lo que se trata en materia contractual es de representar a la "entidad estatal"; esto es, a la Nación-Senado de la República o a la Nación-Cámara de Representantes, conforme lo estatuyen los artículos 2° y 11 de la Ley 80 de 1993;

b) Porque el Congreso de la República no es persona de derecho público y tampoco se le ha atribuido legalmente capacidad para comparecer en procesos como demandante, demandado o interviniente. El Senado de la República y la Cámara de Representantes, tienen el carácter de "entidades estatales" para los efectos de la Ley 80 de 1993 y en esa condición su capacidad está limitada para contratar, obligarse y comparecer procesalmente en acciones sobre responsabilidad y de repetición;

c) Tampoco debe ser el Ministro del Interior (antes de Gobierno), porque la función que le asigna el artículo 149 del Decreto-ley 01 de 1984 es la de representar a la Nación en cuanto se relacione con el Congreso y concretamente en los procesos contencioso administrativos; pero en la materia contractual se trata de representar a las entidades estatales Senado de la República o Cámara de Representantes, aunque como corporaciones pertenecientes a la persona jurídica llamada Nación;

d) Porque de conformidad con el artículo 121 de la Constitución:

"Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyan la Constitución y la ley".

Establecido lo anterior, queda por resolver ¿quién representa al Congreso en los demás asuntos contencioso-administrativos? La conclusión es que tal representación la conserva el Ministro del Interior (antes de Gobierno) y las razones son:

a) Porque el Congreso de la República no es persona de derecho público y tampoco se le ha atribuido legalmente capacidad para comparecer en los procesos judiciales como demandante, demandado o interviniente;

b) Porque siendo así, la capacidad para ser parte está radicada en la Nación, como persona jurídica;

c) Porque el artículo 149 del Decreto 01 de 1984 no ha sido derogado expresamente, ni puede entenderse derogado tácitamente por la Ley 5ª de 1992, que contiene el Reglamento del Congreso, por las razones expuestas. El mencionado artículo está modificado, únicamente en cuanto a la representación de las "entidades estatales" Senado de la República y Cámara de Representantes, en materia contractual y en las acciones que con ocasión de los contratos se presenten.

La representación de la Rama Legislativa, que la Ley 5ª de 1992 asigna al Presidente del Senado en asocio del Presidente de la Cámara de Representantes, como Presidente y Vicepresidente, en su orden, del Congreso de la República, debe entenderse referida a las funciones que la misma ley, en su artículo 6º, atribuye al Congreso, dentro de un marco de colaboración armónica para la realización de los fines del Estado.

3. **En consecuencia, la SALA RESPONDE:**

3.1 Está vigente el inciso 3º del artículo 149 del Decreto-ley 01 de 1984, en cuanto confiere al Ministro de Gobierno, hoy del Interior, la representación de la Na-

ción-Congreso de la República. Pero modificado en cuanto a la representación de las entidades estatales, Senado de la República y Cámara de Representantes, en asuntos contractuales, que la letra a) del numeral 3° del artículo 11 de la Ley 80 de 1993 atribuye al Presidente de la respectiva entidad.

3.2 La representación de la Nación-Congreso de la República, en cabeza del Ministro de Gobierno, hoy del Interior, se refiere a toda clase de procesos ante la jurisdicción de los contencioso administrativo, distintos de los que tengan origen en el proceso de la contratación.

3.3 La representación del Senado de la República y de la Cámara de Representantes, en los procesos contencioso administrativos que tengan origen en el proceso de contratación o surjan con ocasión de contratos celebrados por dichas entidades estatales, corresponde al respectivo presidente.

Transcríbase en sendas copias auténticas, a los señores Ministro del Interior y Secretario Jurídico de la Presidencia de la República. (C.C.A., art. 112).

Roberto Suárez Franco, Presidente de la Sala; *Javier Henao Hidrón, César Hoyos Salazar, Luis Camilo Osorio Isaza.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

CONSULTA NUMERO 725

(19 de septiembre de 1995)

COMISIONES CONSTITUCIONALES PERMANENTES - Funciones / PROYECTO DE LEY - Trámite / ACTO LEGISLATIVO - Trámite.

Aunque en cada una de las Cámaras existen otras (legales, especiales, accidentales), las comisiones principales son las denominadas "constitucionales permanentes", surgidas por voluntad del constituyente en 1945 y cuya función primordial consiste en tramitar en primer debate los proyectos de ley o de acto legislativo. La determinación del número de comisiones permanentes y el de sus miembros, así como las materias de que cada una deberá ocuparse, es función de la ley. En los casos en que se sesionen conjuntamente, el quórum decisorio será el que se requiera para cada una de las comisiones individualmente consideradas. Así lo prescribe la Constitución Política en su artículo 142.

Autorizada su publicación con oficio 493 de 10 de octubre de 1995.

COMISIONES CONSTITUCIONALES PERMANENTES - Conflicto de competencia / CONFLICTO DE COMPETENCIAS ENTRE LAS COMISIONES CONSTITUCIONALES PERMANENTES - Principio de especialidad / REGLAMENTO DEL CONGRESO - Fuentes de interpretación.

La Ley 3ª de 1992 establece que para resolver conflictos de competencia entre las comisiones permanentes, primará el principio de la especialidad y, además, que cuando la materia de la cual trate el proyecto de ley, no esté claramente adscrita a una comisión, el Presidente de la respectiva Cámara lo enviará a aquella que, según su criterio, sea competente para conocer de materias afines. Por su parte, el Reglamento del Congreso, contenido en la Ley 5ª de 1992, considera que sus fuentes de interpretación son las normas que regulan casos, materias o procedimientos semejantes y, en su defecto,la jurisprudencia y la doctrina constitucional (*ibidem,* art. 3º). Los profesionales en estadística cumplen hoy en día una decisiva tarea en el vasto campo de la gerencia de información, o como dice el proyecto, en la "recolección, ordenamiento, evaluación, control, captura y crítica de la información", así como en el diseño

de modelos matemáticos, económicos y administrativos. En el sector de la informática, su actividad es particularmente amplia, lo cual explica la demanda creciente de estadísticos –profesionales o tecnólogos– suficientemente preparados. Compete al Presidente de la respectiva Cámara, observar en relación con los proyectos mencionados en la consulta, los siguientes criterios: A las Comisiones Séptimas Constitucionales Permanentes del Senado y de la Cámara de Representantes, corresponde el conocimiento y tramitación en primer debate del proyecto de ley por la cual se reglamenta la profesión de químico farmacéutico, así como del proyecto de ley por la cual se reglamenta la profesión de Enfermería. A las Comisiones Sextas Constitucionales Permanentes del Senado y de la Cámara de Representantes, corresponde el conocimiento y tramitación en primer debate del proyecto de ley por la cual se reglamenta la profesión de Estadístico. A las Comisiones Quintas Constitucionales Permanentes del Senado y de la Cámara de Representantes, corresponde el conocimiento y tramitación en primer debate del proyecto de ley por la cual se reglamenta el ejercicio de la profesión de Ingeniero Agrícola o de las profesiones Agronómicas y Forestales.

Autorizada su publicación con oficio número 493 de 10 de octubre de 1995.

Santa Fe de Bogotá, D. C., diecinueve (19) de septiembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Javier Henao Hidrón.*

Radicación número 725.

Referencia: Consulta sobre conflicto de competencias entre Comisiones Constitucionales Permanentes.

El señor Ministro del Interior, a solicitud del Presidente de la Honorable Cámara de Representantes, desea conocer el concepto de la Sala en relación con el conflicto de competencias que se ha suscitado entre dos Comisiones Constitucionales Permanentes de esa Corporación, la Sexta y la Séptima, para el conocimiento y trámite de los siguientes proyectos de ley:

"1. Proyecto de ley número 50 de 1994, (Senado) 122 de 1994 (Cámara), por la cual se reglamenta la profesión de Químico Farmacéutico y se dictan otras disposiciones". (Fue estudiado por la Comisión Séptima Constitucional Permanente).

"2. Proyecto de ley 169 de 1995 Cámara, "por la cual se reglamenta el ejercicio de la profesión de Estadístico, reconocida por el Ministerio de Educación Nacional". (Se encuentra en estudio en la Comisión Sexta Constitucional Permanente).

"3. Proyecto de ley 222 de 1995, "por medio de la cual se reglamenta el ejercicio de la profesión de Enfermería en Colombia y se dictan otras disposiciones". (Se encuentra en estudio en la Comisión Sexta Constitucional Permanente).

"4. Proyecto de ley 241 de 1994 (Cámara), 107 de 1993 (Senado), "por la cual se regula lo atinente al ejercicio de las profesiones Agronómicas y Forestales en el país, se crea el Consejo Profesional Nacional de Profesiones Agronómicas y Forestales, se dictan otras disposiciones". (Se encuentra en estudio en la Comisión Sexta Constitucional Permanente).

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE:

I. Comisiones Constitucionales Permanentes. Aunque en cada una de las Cámaras existen otras (legales, especiales, accidentales), las comisiones principales son las denominadas "constitucionales permanentes", surgidas por voluntad del constituyente de 1945 y cuya función primordial consiste en tramitar en primer debate los proyectos de ley o de acto legislativo.

La determinación del número de comisiones permanentes y el de sus miembros, así como las materias de que cada una deberá ocuparse, es función de la ley. En los casos en que sesionen conjuntamente, el quórum decisorio será el que se requiera para cada una de las comisiones individualmente consideradas. Así lo prescribe la Constitución Política en su artículo 142.

Las normas sobre las comisiones constitucionales permanentes, su funcionamiento y composición, fueron expedidas, en desarrollo de las prescripciones de la Constitución de 1991, por la Ley 3ª de 1992, conforme a la cual serán siete (7), a saber:

Comisión Primera. Compuesta por 19 miembros en el Senado y 33 en la Cámara de Representantes, conocerá de: Reforma constitucional; leyes estatutarias; organización territorial; reglamentos de los organismos de control; normas generales sobre contratación administrativa; notariado y registro; estructura y organización de la administración nacional central; de los derechos, las garantías y los deberes; rama legislativa; estrategias y políticas para la paz; propiedad intelectual; variación de la residencia de los altos poderes nacionales; asuntos étnicos.

Comisión Segunda. Compuesta de 13 miembros en el Senado y 19 en la Cámara de Representantes, conocerá de: Política internacional; defensa nacional y fuerza pública; tratados públicos; carrera diplomática y consular; comercio exterior e integración económica; política portuaria; relaciones parlamentarias internacionales y supranacionales, asuntos diplomáticos no reservados constitucionalmente al Gobierno; fronteras; nacionalidad; extranjeros; migración; honores y monumentos públicos; servicio militar; zonas francas y de libre comercio; contratación internacional.

Comisión Tercera. Compuesta de 15 miembros en el Senado y 29 en la Cámara de Representantes, conocerá de: hacienda y crédito público; impuesto y contribuciones; exenciones tributarias; régimen monetario; leyes sobre el Banco de la República; sistema de banca central; leyes sobre monopolios; autorización de empréstitos; mercado de valores; regulación económica; planeación nacional; régimen de cambios, actividad financiera, bursátil, aseguradora y de captación de ahorro.

Comisión Cuarta. Compuesta de 15 miembros en el Senado y 27 en la Cámara de Representantes, conocerá de: Leyes orgánicas de presupuesto; sistema de control fiscal financiero; enajenación y destinación de bienes nacionales; regulación del régimen de propiedad industrial, patentes y marcas; creación, supresión, reforma u organización de establecimientos públicos nacionales; control de calidad y precios y contratación administrativa.

Comisión Quinta. Compuesta de 13 miembros en el Senado y 18 en la Cámara de Representantes, conocerá de: Régimen agropecuario; ecología; medio ambiente y recursos naturales; adjudicación y recuperación de tierras; recursos ictiológicos y asuntos del mar; minas y energía; corporaciones autónomas regionales.

Comisión Sexta. Compuesta por 13 miembros en el Senado y 18 en la Cámara de Representantes, conocerá de: Comunicaciones, tarifas; calamidades públicas; funciones públicas y prestación de los servicios públicos; medios de comunicación; investigación científica y tecnológica; espectro electromagnético; órbita geoestacionaria; sistemas digitales de comunicación e informática; espacio aéreo; obras públicas y transporte; turismo y desarrollo turístico; educación y cultura.

Comisión Séptima. Compuesta de 14 miembros en el Senado y 19 en la Cámara de Representantes, conocerá de: Estatuto del servidor público y trabajador particular; régimen salarial y prestacional del servidor público; organizaciones sindicales; sociedades de auxilio mutuo; seguridad social; cajas de previsión social; fondos de prestaciones; carrera administrativa; servicio civil; recreación, deportes; salud; organizaciones comunitarias; vivienda; economía solidaria; asuntos de la mujer y la familia.

La reducción del Congreso de la República, en número aproximado a cincuenta de sus miembros, dispuesta por la Asamblea Nacional Constituyente, condujo a reducir igualmente el número de Comisiones Constitucionales Permanentes, que de ocho pasaron a ser siete, distribuidas siguiendo un criterio de equilibrio en los asuntos de su competencia, de manera que se garantizara "igual cúmulo de trabajo en todas y cada una de ellas" y, al mismo tiempo, se impidiera la existencia de algunas de escasa importancia, como ocurría en la anterior reglamentación con las Comisiones Segunda, Sexta y Octava.

II. Criterios de interpretación para casos de duda en la distribución de competencias. La Misma Ley 3ª de 1992 estabelce que para resolver conflictos de competencia entre las Comisiones Permanentes, primará el **principio de la especialidad** y, además, que cuando la materia de la cual trate el proyecto de ley, no esté claramente adscrita a una Comisión, el Presidente de la respectiva Cámara lo enviará a aquella que, según su criterio, sea competente para conocer de materias afines.

Por su parte, el Reglamento del Congreso, contenido en la Ley 5ª de 1992, considera que sus fuentes de interpretación son las normas que regulen casos, materias o procedimientos semejantes y, en su defecto, la jurisprudencia y la doctrina constitucional (*ibidem,* art. 3°).

III. Los conflictos de competencia planteados por el consultante. Para absolver la duda expuesta por el Presidente de la Cámara de Representantes y presentada a la Sala por intermedio del Ministro del Interior, en relación con distintos proyectos de ley, atinentes todos a la reglamentación del ejercicio de profesiones (la de químico farmacéutico, la de enfermería, la de agroeconómicas y forestales y la de estadístico), se hace indispensable el análisis de la naturaleza, contenido y alcance de cada uno de los proyectos, individualmente considerados.

Con fundamento en el artículo 26 de la Constitución Política, que faculta a la ley para exigir títulos de idoneidad a las personas que libremente hayan escogido profesión, disponer la reglamentación de éstas y para dictar las normas acerca de su inspección y vigilancia, cursan en el Congreso varios proyectos que tienen por objeto la reglamentación del ejercicio de profesiones liberales, así:

3.1 Proyecto de ley por la cual se reglamenta la profesión de químico farmacéutico. Busca readecuar la Ley 23 de 1962, que regula la profesión de químico farmacéutico, debido a los cambios ocurridos en el campo de la ciencia y la tecnología así como a nuevas exigencias constitucionales (art. 78), relativas al control de la calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad.

El químico farmacéutico es un profesional universitario perteneciente al área de la salud, que se dedica a la elaboración, producción, desarrollo, control y vigilancia de medicamentos, cosméticos, preparaciones farmacéuticas con bases en productos naturales y demás insumos de salud relacionados con el campo propio de la química farmacéutica, aspectos en los cuales es indispensable proteger y salvaguardar el derecho que tiene la población a que se le otorgue calidad y seguridad.

El campo de ejercicio profesional se realiza en establecimientos farmacéuticos, farmacias de hospitales y laboratorios farmacéuticos, ya sea en su dirección, o en asesoría científica o tecnológica, o vigilancia farmacéutica, o en docencia y capacitación, tanto a nivel universitario como institucional.

Es por ello por lo que, siendo de competencia de las Comisiones Séptimas Constitucionales Permanentes de las Cámaras Legislativas, el conocimiento de los asuntos relacionados con la **salud,** a ellas corresponde tramitar en primer debate los proyectos que versan sobre la materia, entre los cuales se encuentra el que reglamenta el ejercicio de la profesión de químico farmacéutico.

3.2 El proyecto de ley por la cual se reglamenta el ejercicio de la profesión de enfermería. Teniendo como punto de referencia la Ley 78 de 1946 y su Decreto Reglamentario 2184 de 1975, el correspondiente proyecto de ley tiende a reordenar el ejercicio de la profesión de enfermería, definir su ámbito de acción, desarrollar los principios que la rigen, señalar sus organismos de dirección, acreditación y control y establecer los derechos y obligaciones que se derivan de su aplicación.

El profesional de la enfermería cumple sus actividades en el área de la salud, con el fin de dar cuidado integral de salud a la persona, a la familia y a la comunidad.

Dentro de este ámbito, es competente para desarrollar su labor como asistente del profesional de la medicina, o como docente, administrador de servicios de salud, consultor y asesor de las instituciones que directa o indirectamente atienden la salud y que, conforme a la Ley 100 de 1993, hacen parte del sistema nacional de salud.

En tales condiciones, es igualmente válido concluir que el proyecto de ley por la cual se reglamenta dicha profesión, es de competencia de la Comisión Permanente que tiene asignado el conocimiento de los temas relacionados con la salud, o sea la Séptima, la cual deberá tramitarlo en primer debate.

3.3 Proyecto de ley por la cual se reglamentan las profesiones agronómicas y forestales y se crea el Consejo Nacional de Profesiones Agronómicas y Forestales. El consultante hace alusión a los Proyectos 107 de 1993 (Senado) y 241 de 1994 (Cámara), transcribe el primero de los mencionados, en cuyo epígrafe textualmente se lee:

"por la cual se reglamenta el ejercicio de la profesión del ingeniero agrícola en el país y se dictan otras disposiciones".

Según el mencionado proyecto, entiéndese por ejercicio de la ingeniería agrícola aquel que aplica las técnicas de la ingeniería a los problemas agrícolas y pecuarios; proyecta maquinaria, instalaciones y equipos agrícolas, planea y vigila su fabricación, construcción e instalación; asesora a su empleador, a su asociado, a sus clientes en asuntos de ingeniería agrícola; administra, opera y dirige la conservación de los proyectos de adecuación de tierras; transfiere tecnología para el sector primario de la producción en lo relacionado con el uso y manejo de los recursos naturales, agua y suelo, lo mismo que la maquinaria, equipos e implementos que se utilicen en esta actividad.

Las funciones propias del profesional de la ingeniería agrícola se desarrollan principalmente en el campo de la ingeniería de tierras y en el de la ingeniería de agroindustria. La primera comprende la ingeniería de recursos de agua y suelo, que incluye sistema de riego y drenaje, ingeniería de conservación de suelos, utilización de aguas subterráneas en la agricultura, aprovechamiento del recurso agua a nivel predial, impacto ambiental, maquinaria agrícola, mecanización y fuentes de energía, diseño y construcción de maquinaria e implementos agrícolas y administración, selección y utilización de maquinarias agrícolas. Forman subdivisiones de la segunda, la ingeniería de procesos agrícolas y agroindustria, las construcciones agropecuarias concebidas según criterios estructurales y técnicos, la administración de empresas y proyectos agroindustriales y la realización de estudios de impacto ambiental para la creación y operación de los proyectos agroindustriales.

Así el proyecto resulte ampliado hacia la reglamentación de profesiones agronómicas y forestales, la Sala considera que, siguiendo los criterios interpretativos resultantes de la aplicación de los principios de especialidad y afinidad, la Comisión Permanente encargada de dar el primer debate a un proyecto de ley de tal naturaleza, es la Quinta, a la cual asigna la ley el conocimiento, entre otros asuntos, de los relacionados con "régimen agropecuario; ecológico; medio ambiente y recursos naturales".

3.4 Proyecto de ley por la cual se reglamenta la profesión de estadístico. Sin antecedentes legales en cuanto a la reglamentación de su ejercicio, con este proyecto se busca que una carrera debidamente aprobada por el Ministerio de Educación Nacional y que ofrecen varias universidades del país, tenga la importancia y protección que se merece.

Los profesionales en estadística cumplen hoy en día una decisiva tarea en el vasto campo de la gerencia de información, o como dice el proyecto, en la "recolección, ordenamiento, evaluación, control, captura y crítica de la información", así como en el diseño de modelos matemáticos, económicos y administrativos. En el sector de la informática, su actividad es particularmente amplia, lo cual explica la demanda creciente de estadísticos –profesionales o tecnólogos– suficientemente preparados.

Debiendo conocer las Comisiones Sextas Constitucionales Permanentes, entre otros asuntos, de los relativos a "informática" e "investigación científica y tecnológica", serán ellas las encargadas de tramitar en primer debate el proyecto de ley en referencia.

En tratándose de reglamentar el ejercicio de profesiones o de disponer las normas relativas a su inspección y vigilancia, serán los mismos los principios orientadores de la competencia.

En concordancia con lo expuesto, **se responde:**

Compete al Presidente de la respectiva Cámara, observar en relación con los proyectos mencionados en la consulta, los siguientes criterios:

A las Comisiones Séptimas Constitucionales Permanentes del Senado y de la Cámara de Representantes, corresponde el conocimiento y tramitación en primer debate del proyecto de ley por la cual se reglamenta la profesión de químico farmacéutico, así como del proyecto de ley por la cual se reglamenta la profesión de enfermería.

A las Comisiones Sextas Constitucionales Permanentes del Senado y de la Cámara de Representantes, corresponde el conocimiento y tramitación en primer debate del proyecto de ley por la cual se reglamenta la profesión de estadístico.

A las Comisiones Quintas Constitucionales Permanentes del Senado y de la Cámara de Representantes, corresponde el conocimiento y tramitación en primer debate del proyecto de ley por la cual se reglamenta el ejercicio de la profesión de ingeniero agrícola o de las profesiones agronómicas y forestales.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a los señores Ministro del Interior y Secretario Jurídico de la Presidencia de la República (C.C.A., art. 112).

Roberto Suárez Franco, Presidente de la Sala; *Javier Henao Hidrón, César Hoyos Salazar, Luis Camilo Osorio Isaza.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

CONSULTA NUMERO 722
(25 de septiembre de 1995)

CUERPO DE BOMBEROS DEL DISTRITO CAPITAL - Auxilios / AUXILIO POR INCAPACIDAD LABORAL A TRABAJADORES DEL CUERPO DE BOMBEROS - Naturaleza Jurídica.

Los pagos que ordena el Decreto 1039 de 1982 de la Alcaldía Mayor del Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, en favor de los empleados que desempeñan funciones en el Cuerpo de Bomberos, son decretados por un acto administrativo y se hacen con dineros provenientes del Tesoro Público. Esos pagos se hacen a servidores públicos que se encuentran vinculados al Distrito Capital por una relación legal y reglamentaria. La causa del pago no es la mera liberalidad o beneficencia sino, como lo dice el mencionado decreto en su último considerando, el deber de la Administración Distrital de estimular a los integrantes del Cuerpo de Bomberos y amparar los riesgos a que se hallan expuestos en desarrollo de su labor", los cuales enuncia como ... "una disminución temporal pero apenas parcial en sus facultades,..." una disminución definitiva pero apenas parcial en sus facultades...", ...inhabilidad para desempeñar cualquier clase de trabajo remunerativo,...", cuando el empleado no solamente quede incapacitado para desempeñar cualquier clase de labor, sino tiene que ser valido por otra persona para realizar las funciones esenciales de la vida...", "por muerte en actos del servicio o con ocasión del mismo," ... "cuando al retirarse definitivamente del Cuerpo de Bomberos del D.C., haya cumplido veinte (20) años de servicio continuo o discontinuos al servicio (sic) de la institución,...". Tampoco son pagos asimilables a prestaciones sociales, porque el artículo 6º del decreto materia de consulta manda que "no constituyen salario ni fator salarial para efectos de liquidación de prestaciones sociales". El artículo 2º del mismo decreto dispone que esos auxilios se otorgan sin perjuicio de las prestaciones sociales a que tengan derecho los bomberos por cuenta de la Caja de Previsión Social del Distrito. De aquí se infiere que los llamados auxilios establecidos por el Decreto 1039 de 1982 son un complemento de las prestaciones so-

ciales dispuestas para los empleados del Distrito Especial de Bogotá (hoy Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá) y no tienen, en sentido estricto, la naturaleza jurídica de los auxilios o donaciones que prohíbe el artículo 355 de la Constitución Nacional. La presunción de legalidad ampara el Decreto 1039 de 1982. Sin embargo, su impugnación procede ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, no sólo por una eventual incompatibilidad con el artículo 355 sino también por la cuestionable competencia del Alcalde Mayor de Santa Fe de Bogotá para dictar normas sobre prestaciones sociales o pagos semejantes o complementarios a las mismas, pues tanto la Constitución de 1886, vigente en la época en que el Alcalde Mayor de Bogotá expidió el Decreto 1039 de 1982, como la Constitución de 1991, asignan esa función al Congreso, para que la ejerza por medio de la ley. Así se lograría una definición con fuerza de cosa juzgada. Los pagos autorizados en el Decreto 1039 de 1982 expedido por el Alcalde Mayor del Distrito Capital, no pueden asimilarse a los beneficios prohibidos por el artículo 355 de la Constitución Nacional.

Autorizada su publicación con oficio 508 de 12 de octubre de 1995.

Santa Fe de Bogotá, D.C., veinticinco (25) de septiembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: *Doctor César Hoyos Salazar.*

Radicación número 722.

Referencia: Naturaleza jurídica de ciertos pagos a favor del personal del Cuerpo de Bomberos del Distrito Capital, según el Decreto 1039 de 1982.

El señor Ministro del Interior, doctor Horacio Serpa Uribe, ha formulado a la Sala la siguiente consulta:

Mediante Decreto 1039 de 1982 la Alcaldía Mayor de Santa Fe de Bogotá, D.C., autorizó con cargo al Fondo de Bomberos de Santa Fe de Bogotá, D.C., el reconocimiento y pago, a todos los funcionarios del Cuerpo de Bomberos de Bogotá adscritos a la planta de personal de la Administración Central que participe en la prevención o extinción de incendios y demás desastres, de unos auxilios por incapacidad temporal, por incapacidad permanente parcial, por incapacidad permanente total, por invalidez, por muerte y por retiro después de cumplidos veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos a la institución. Los pagos ordenados por el citado decreto no constituyen salario, ni factor salarial para efectos de la liquidación de prestaciones sociales, a cargo de la Caja de Previsión Social del Distrito.

Concretamente se consulta:

"Por todo lo anterior, surgen dos interrogantes: ¿Pueden estos egresos asimilarse a los beneficios prohibidos por la Constitución Política de Colombia en su artículo 355? Y en tal caso, ¿podría entenderse que existe una derogación tácita del Decreto 1039 de 1982?".

1. EL CUERPO DE BOMBEROS DISTRITAL

El Decreto 063 de 1963 de la Alcaldía Mayor del Distrito Especial de Bogotá reglamenta lo concerniente a la naturaleza y funcionamiento del Cuerpo de Bomberos. Este decreto dispone que el Cuerpo de Bomberos depende de la Alcaldía Mayor y que el Alcalde, como suprema autoridad administrativa del Distrito, será el Jefe del Cuerpo de Bomberos (artículos 3° y 17).

De las demás normas del mencionado decreto se deduce que el Cuerpo de Bomberos del Distrito no tiene personería jurídica, ni patrimonio autónomo, aunque el artículo 13 afirme que "**es una institución de servicio público,** con características netamente técnicas, con régimen y disciplina especiales, ...". Así mismo, que las personas que ejercen las funciones de bomberos son empleados públicos del Distrito Especial de Bogotá, hoy Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá.

El Fondo del Cuerpo de Bomberos, creado mediante Decreto 1651 de 1979, es una "cuenta" del Tesoro del Distrito de Bogotá a la cual ingresan los dineros por concepto de contraprestaciones por servicios técnicos y especiales efectuados por el Cuerpo de Bomberos y la destinación de estos dineros está específicamente orientada a proveer lo necesario para la buena marcha de la Institución.

2. NATURALEZA JURIDICA DE LOS BENEFICIOS ESTABLECIDOS EN EL DECRETO 1039 DE 1982

Esta Sala, en consulta número 504 del 22 de abril de 1993, expresó:

"El vocablo auxilio es sinónimo de ayuda, socorro, amparo y en el lenguaje constitucional se refiere a los pagos que decretados por ley o acto administrativo, con dineros provenientes del Tesoro Público se hacen a título gratuito a personas naturales o jurídicas de derecho privado. En la Constitución anterior, dichos pagos solamente podían ser autorizados por el legislador, eran concebidos como parte de una política de fomento a empresas útiles o benéficas dignas de estímulo o apoyo y debían sujetarse a los planes y programas correspondientes".

De la noción transcrita se deduce que el "auxilio" tiene las siguientes características:

1. Se trata de un pago decretado por ley o acto administrativo.

2. El pago se hace con dineros provenientes del Tesoro Público.

3. El pago se hace a título gratuito.

4. El pago se hace a una persona natural o jurídica de derecho privado.

Los pagos que ordena el Decrreto 1039 de 1982 de la Alcaldía Mayor del Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, en favor de los empleados que desempeñan funciones en el Cuerpo de Bomberos, son decretados por un acto administrativo y se hacen con dineros provenientes del Tesoro Público. Esos pagos se hacen a servidores públicos que se encuentran vinculados al Distrito Capital por una relación legal y reglamentaria. La causa del pago no es la mera liberalidad o beneficencia sino, como lo dice el mencionado decreto en su último considerando, el deber de la Administración Distrital de estimular a los integrantes del Cuerpo de Bomberos y **amparar los riesgos a que se hallan expuestos en desarrollo de su labor",** los cuales enuncia como... "una disminución temporal pero apenas parcial en sus facultades, ... "una disminución definitiva pero apenas parcial en sus facultades,...", ... inhabilidad para desempeñar cualquier clase de trabajo remunerativo,...", cuando el empleado no solamente quede incapacitado para desempeñar cualquier clase de labor, sino que tiene que ser valido por otra persona para realizar las funciones esenciales de la vida,...", "por muerte en actos del servicio o con ocasión del mismo," ... "cuando al retirarse definitivamente del Cuerpo de Bomberos del D.E., haya cumplido veinte (20) años de servicio continuo o discontinuos al servicio (sic) de la institución,...".

Los riesgos mencionados son los mismos que como consecuencia de un accidente de trabajo define el artículo 20 del Decreto 1848 de 1969, al reglamentar las prestaciones sociales aplicables a los empleados públicos nacionales de la Rama Administrativa del Poder Público (arts. 7°, 19 a 25).

Tampoco son pagos asimilables a prestaciones sociales, porque el artículo 6° del decreto materia de consulta manda que "no constituyen salario ni factor salarial para efectos de liquidación de prestaciones sociales". El artículo 2° del mismo decreto dispone que esos auxilios se otorgan sin perjuicio de las prestaciones sociales a que tengan derecho los bomberos por cuenta de la Caja de Previsión Social del Distrito. De aquí se infiere que los llamados auxilios establecidos por el Decreto 1039 de 1982 son un complemento de las prestaciones sociales dispuestas para los empleados del Distrito Especial de Bogotá (hoy Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá) y no tienen, en sentido estricto, la naturaleza jurídica de los auxilios o donaciones que prohíbe el artículo 355 de la Constitución Nacional.

Al respecto, esta Sala se pronunció sobre el régimen jurídico de las prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del Distrito Capital, haciendo una interpretación armónica de los Decretos 1133 y 1808 de 1994. En dicho pronunciamiento, se afirma:

"La Sala agrega que mediante actos locales, ordenanzas, acuerdos o decretos, jurídicamente no es posible regular las prestaciones sociales porque, de conformidad con los artículos 150, ordinal 19, letras e) y f), de la Constitución y 12 de

la Ley 4ª de 1992, esta materia es de la exclusiva competencia del Gobierno Nacional, con fundamento en la correspondiente Ley Marco." (Radicación 675 de marzo 17 de 1995).

Finalmente, la Sala considera que la presunción de legalidad ampara el Decreto 1039 de 1982. Sin embargo, su impugnación procede ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, no sólo por una eventual incompatibilidad con el artículo 355 sino también por la cuestionable competencia del Alcalde Mayor de Santa Fe de Bogotá para dictar normas sobre prestaciones sociales o pagos semejantes o complementarios a las mismas, pues tanto la Constitución de 1886, vigente en la época en que el Alcalde Mayor de Bogotá expidió el Decreto 1039 de 1982, como la Constitución de 1991, asigna esa función al Congreso, para que la ejerza por medio de ley. Así se lograría una definición con fuerza de cosa juzgada.

En consecuencia, LA SALA RESPONDE:

Los pagos autorizados en el Decreto 1039 de 1982 expedido por el Alcalde Mayor del Distrito Capital, no pueden asimilarse a los beneficios prohibidos por el artículo 355 de la Constitución Nacional.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a los señores Ministro del Interior y Secretario Jurídico de la Presidencia de la República (C.C.A., art. 112).

Roberto Suárez Franco, Presidente de la Sala; *Javier Henao Hidrón, César Hoyos Salazar, Luis Camilo Osorio Isaza.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

NOTA DE RELATORIA: Hace mención de la consulta sobre el régimen jurídico de las prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del Distrito Capital buscando una interpretación armónica de los Decretos 1133 de 1994 Radicación 675 de marzo 17 de 1995.

CONSULTA NUMERO 732
(3 de octubre de 1995)

RESPONSABILIDAD FISCAL - Objeto.

El objeto de la responsabilidad fiscal consiste en que las personas encargadas de la recaudación, manejo o inversión de dineros públicos o de la custodia o administración de bienes del Estado, que por acción u omisión y en forma dolosa o culposa, asuman una conducta que no está acorde con la ley –o cualquier otro funcionario que contraiga a nombre de los órganos oficiales obligaciones no autorizadas por aquella-, deberán reintegrar al patrimonio público los valores correspondientes a todas las pérdidas, mermas o deterioros que como consecuencia se hayan producido.

Autorizada su publicación el 20 de octubre de 1995.

CONTRATACION ESTATAL - Intervención de Contralorías / RESPONSABILIDAD FISCAL EN CONTRATACION ESTATAL - Sujeto pasivo.

En materia de contratación estatal, la intervención de las contralorías se realiza una vez agotados los trámites administrativos de legalización de los contratos, con el objeto de ejercer control posterior y selectivo sobre las cuentas correspondientes a los pagos originados en los contratos, para verificar que éstos se ajustaron a las disposiciones vigentes y una vez liquidados o terminados aquéllos, para efectos del control financiero, de gestión y de resultados (Ley 80 de 1993, art. 65). La responsabilidad fiscal puede comprender a los contratistas y a los particulares (consultores, interventores y asesores) que vinculados al proceso, hubieren perjudicado los intereses patrimoniales del Estado (Ley 42 de 1993, art. 83). También la responsabilidad fiscal es independiente de la responsabilidad civil y penal por acciones u omisiones en la actuación contractual, deducida en los términos de la ley (Ley 80 de 1993, arts. 51 a 53 y 56).

Si con la transgresión de las normas o estipulaciones contractuales, llegaren a generarse sobrecostos en los contratos celebrados entre el Estado y un particular, por conductas imputables a servidores de la entidad estatal, habrá lugar a deducir la correspondiente responsabilidad

fiscal. De igual manera, si la conducta imputable se predica de particulares que intervienen en el proceso de contratación.

Autorizada su publicación el 20 de octubre de 1995.

ACCION FISCAL - Término de caducidad / ACCION FISCAL - Régimen Aplicable.

La caducidad de la acción de reparación directa se produce "al vencimiento del plazo de dos (2) años contados a partir de la producción del acto o hecho", término que será aplicable, por la remisión que hace el artículo 89 de la Ley 42 de 1993, a la acción fiscal.

Autorizada su publicación el 20 de octubre de 1995.

PROCESO DE JURISDICCION COACTIVA - Intereses moratorios.

En relación con los créditos a favor del Tesoro Público –salvo lo especialmente dispuesto para efectos tributarios– la norma vigente es la Ley 68 de 1923, cuyo artículo 9º prescribe: "Los créditos a favor del Tesoro devengan intereses a la rata (sic) del doce por ciento (12) anual, desde el día en que se hagan exigibles hasta aquel en que se verifique el pago". La Sala estima, por consiguiente, que la tasa del 12 anual es la aplicable a los intereses moratorios que se causen en los procesos por jurisdicción coactiva de competencia de las contralorías.

Autorizada su publicación el 20 de octubre de 1995.

DELEGACION DE FUNCIONES EN PROCESO DE JURISDICCION COACTIVA - Improcedencia de recurso de apelación.

Como lo explica el consultante, acogiendo una interpretación tradicional y ortodoxa que se resume en la frase "lo que hace el delegatario es como si lo hiciera el delegante, que el acto de delegación implica la transferencia de una función o competencia en forma integral a un delegatario, caso en el cual el efecto jurídico derivado de esas actuaciones es el mismo que resultaría en el evento de que las hubiese producido directamente el delegante. De conformidad con esa interpretación no cabe el recurso de apelación ante el superior jerárquico contra los actos que profiera la dependencia de la contraloría en la cual ha sido delegada la facultad de adelantar el proceso de jurisdicción coactiva, regulado en los artículos 90 a 98 de la Ley 42 de 1993 y que tiene como finalidad el cobro de los créditos fiscales que nacen de los alcances líquidos contenidos en los correspondientes títulos ejecutivos. Esta interpretación y respuesta son válidas, siempre que el legislador no haya establecido el aludido recurso. Porque podría hacerlo, en procura de garantizar de una mejor manera los intereses del sujeto pasivo de

una obligación, o en otro supuesto, los derechos de los ciudadanos que acuden ante la Administración en defensa de los mismos.

Autorizada su publicación el 20 de octubre de 1995.

Santa Fe de Bogotá, D. C., tres (3) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Javier Henao Hidrón.*

Radicación número 732.

Referencia: Consulta sobre asuntos relacionados con la responsabilidad fiscal y los procesos de jurisdicción coactiva.

El señor Ministro del Interior dice que a solicitud del Contralor del Departamento de Cundinamarca y Presidente del Consejo Nacional de Contralores, desea conocer el concepto de la Sala en relación con los siguientes temas:

"1.1 De conformidad con la Carta Política y la Ley 42 de 1993, ¿pueden las contralorías determinar los perjuicios derivados de las responsabilidades fiscales?

"1.2 ¿Pueden los Contralores determinar responsabilidades fiscales consistentes en sobrecostos, v.gr., derivadas de contratos celebrados entre el Estado y un particular?

"1.3 Con un exclusivo interés académico se pregunta, ¿la responsabilidad fiscal es una especie de la responsabilidad civil o patrimonial –género– del servidor público?

"2. ¿Cuál es la caducidad de la acción fiscal? ¿Y si ésta corresponde a los dos años señalados por la Corte Constitucional en la sentencia en que declaró la exequibilidad del artículo 17 de la Ley 42 de 1993?

"3. En relación con el tema de los intereses moratorios aplicables en los procesos de jurisdicción coactiva que cursan en las contralorías, se pregunta si son aplicables los intereses que devengan los créditos a favor de la Nación del 12% anual, contenidos en el artículo 9º de la Ley 68 de 1923.

"4. Sobre el mismo tema de la jurisdicción coactiva, el artículo 91 de la Ley 42 de 1993, faculta a los contralores para delegar el ejercicio de esta atribución, en la dependencia 'que de acuerdo con la organización y funcionamiento de la entidad se cree para el efecto'. Se pregunta si contra los actos del delegatario es procedente o no interponer el recurso de apelación, cuando –como en el caso que nos ocupa–, contra los actos del delegante no tiene cabida".

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE

I. Responsabilidad fiscal. Al respecto, el consultante se expresa de este modo:

"En sentencia de la Sección Primera del Consejo de Estado, se afirmó que la denominada responsabilidad fiscal era una especie del género de la responsabilidad

civil o patrimonial de los servidores públicos y que las contralorías no tenían competencia –a través de un proceso de responsabilidad fiscal– para determinar los ´perjuicios' que pueda sufrir el Estado como consecuencia de un detrimento patrimonial causado por la acción u omisión de un servidor suyo. El Consejo de Estado, afirmó que la competencia para fijar dichos ´perjuicios', radica exclusivamente en la jurisdicción de lo contencioso administrativo".

La sentencia a que se alude es de 7 de marzo de 1991, expediente número 820 y en ella, al tratarse el tema de la responsabilidad, la Sección Primera sostuvo que "puede ser de tipo penal, administrativo o disciplinario, o de carácter civil o patrimonial –incluido en ésta la denominada responsabilidad fiscal de los funcionarios de manejo y ordenadores del gasto público, que sólo es una especie del género–, según que el hecho imputado constituya un delito definido por la ley, una falta disciplinaria consagrada expresamente como tal por el ordenamiento jurídico, o cause un daño o perjuicio al patrimonio público o a otras personas de derecho privado". (Los subrayados son del texto).

En la misma providencia, la Sección Primera aseveró que a la Contraloría General de la República corresponde determinar "las sumas de dinero por las cuales debe responder el empleado, según el valor de los bienes, dineros y especies que no se han administrado de acuerdo con la ley, pero sin que pueda determinar ´los perjuicios' –entendidos por tales la ganancia lícita que deja de obtenerse, o deméritos o gastos que se ocasionen por acto u omisión de otro y que éste debe indemnizar, a más del daño o detrimento material causado por modo directo– que pueda sufrir la Nación o el establecimiento público". Agregó que "el acto administrativo, por medio del cual se determina la responsabilidad civil o patrimonial de naturaleza fiscal, una vez ejecutoriado, presta mérito ejecutivo, el cual puede hacerse efectivo por el procedimiento de la jurisdicción coactiva" y concluyó diciendo que la jurisdicción contencioso-administrativa es la competente para establecer los "perjuicios" ocasionados por el empleado público a la Administración, previo el ejercicio de la acción contencioso administrativa correspondiente, que puede incoar el representante legal de la entidad contratante o la Procuraduría General de la Nación (conforme a lo dispuesto en el artículo 292 del Decreto-ley 222 de 1983, entonces vigente).

Con la advertencia de que el fallo mencionado fue proferido con anterioridad a la promulgación de la Constitución Política de 1991, la Sala observa lo siguiente:

La responsabilidad es una noción que en el mundo contemporáneo forma parte esencial del Estado de Derecho, como instrumento coercible destinado a mantener el imperio de la ética administrativa y a garantizar la efectividad de los derechos y obligaciones de los asociados y de las entidades públicas. En Colombia, donde se predica tanto de los particulares como de los servidores públicos, emana directamente de la ley suprema: Los primeros responden ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes y los segundos, por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

Tal es el precepto contenido en el artículo 6° de la Carta Política, de donde se derivan diversas clases de responsabilidad: La penal, la civil, la disciplinaria, la fiscal y la responsabilidad política, deducible ésta a altos funcionarios por medio de juicios políticos. Cada una de ellas está tipificada en el ordenamiento constitucional o legal, atendiendo a los siguientes aspectos: Los actos por los cuales se responde, el bien o valor jurídico tutelado y el sujeto pasivo involucrado en su aplicación.

La responsabilidad fiscal se deduce del ejercicio del control fiscal, entendido éste como una gestión pública mediante la cual se vigila la labor fiscal de la Administración y de los particulares o entidades que manejan fondos o bienes del Estado en todos sus órdenes. Dicho control es ejercido por las contralorías (la General de la República, las departamentales, las distritales y las municipales), que para tal efecto son organizadas como entidades de carácter técnico, dotadas de autonomía administrativa, presupuestal y contractual. Los procedimientos, sistemas y principios de conformidad con los cuales deben ejercer el mencionado control, son establecidos por la ley, que hoy en día es la Ley 42 de 1993, normatividad en donde se desarrollan los nuevos criterios constitucionales acerca de la vigilancia de la gestión fiscal del Estado.

Esos nuevos criterios de rango constitucional son esencialmente la estructura de un control independiente y autónomo de la gestión administrativa, en la cual no puede inmiscuirse y para que se mantenga alejado de ella, es concebido como posterior y selectivo, pero integral, en cuanto comprende no solamente un control numérico-legal sino también de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y, además –como novedad digna de resaltarse– en la valoración de los costos ambientales.

Por eso es admisible afirmar que el constituyente de 1991 sentó las bases para la conformación autónoma y como disciplina jurídico-técnica, del Derecho Fiscal, al cual contribuyó con nuevas modalidades de control fiscal; con la organización de un proceso de responsabilidad fiscal que no sólo involucra a servidores públicos sino que también puede comprender a los contratistas y particulares vinculados al proceso, que hubieren causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado; con el otorgamiento del carácter de autoridad de policía judicial a los funcionarios que realicen funciones de investigación fiscal y con la conformación de una jurisdicción coactiva de perfiles más rigurosos, en donde únicamente se admite que sean demandables ante la jurisdicción contencioso administrativa las resoluciones que fallan las excepciones y ordenan la ejecución.

Todo ello permite deducir que la responsabilidad fiscal tiene características que la diferencian de los demás tipos de responsabilidad, incluyendo la civil, de donde se desprendió para adquirir su propia personalidad. Un ejemplo que sirve para entender esta orientación, es el que trae el tratadista argentino Marienhoff, quien explica que en su país la responsabilidad "civil" de los agentes públicos (funcionarios y empleados) se produce cuando cierta actividad de los mismos ocasiona un daño, sea a los administrados, a otros funcionarios e incluso al propio Estado. Pero con respecto a

éste, la responsabilidad es propiamente "civil", es decir, aquiliana o extracontractual sólo si el daño lo ha sufrido la entidad pública en una esfera distinta a aquella en que actúa normalmente el funcionario como consecuencia de la relación de función o de empleo públicos, que se estima de naturaleza contractual, nacida de un contrato administrativo, *stricto sensu,* el contrato de empleo público, mientras que en el otro caso de responsabilidad el Estado aparece en posición de "tercero" (1).

En nuestro país la responsabilidad fiscal ha adquirido suficiente grado de identidad. Surge cuando el daño al patrimonio del Estado es producido por un agente suyo que actúa en ejercicio de la gestión fiscal de la Administración o por particulares o entidades que mantengan fondos o bienes públicos y como consecuencia de irregularidades encontradas por los funcionarios de los organismos de control fiscal, quienes tienen competencia para adelantar los respectivos procesos, deducir la consiguiente responsabilidad e imponer las sanciones pertinentes, para lo cual cumplen el tipo de gestión pública a que se refiere el artículo 267 de la Carta Política, en donde la responsabilidad fiscal encuentra su específico fundamento.

Por tanto, la responsabilidad fiscal no debe ser tratada como una especie de responsabilidad civil, sino más bien como uno de los distintos tipos que emanan del género responsabilidad, cuya fuente directa es, como se dejó expresado, el artículo 6° de la Constitución.

Consecuencia de la responsabilidad fiscal es la sanción fiscal. Esta comprende no sólo la sanción fiscal propiamente dicha, originada en un daño patrimonial ocasionado al Estado, sino también las sanciones disciplinarias fiscales que, consistentes en multas, son aplicables con sujeción al artículo 101 de la Ley 42 de 1993 cuando se presenten casos de incumplimiento de obligaciones fiscales o conductas que entorpecen o dificultan el ejercicio de la función fiscalizadora de las contralorías.

La responsabilidad fiscal, además, se entiende sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria y penal a que hubiere lugar. En tratándose de ésta, los contralores, por sí mismos o por medio de los abogados de su dependencia, podrán constituirse en parte civil dentro de los procesos penales que se adelanten por delitos contra intereses patrimoniales del Estado y sus conexos.

Aquella responsabilidad origina un proceso que, iniciado de oficio o a petición de parte por los organismos de control, se divide en dos etapas: Investigación y juicio fiscal. Esta última se adelanta con el objeto de definir y determinar la responsabilidad de las personas cuya gestión fiscal haya sido objeto de observación y termina con la providencia motivada que contiene el fallo respectivo, el cual puede dictarse con o sin responsabilidad fiscal (Ley 42 de 1993, arts. 72 a 89).

El objeto de la responsabilidad fiscal consiste en que las personas encargadas de la recaudación, manejo o inversión de dineros públicos o de la custodia o administración de bienes del Estado, que por acción u omisión y en forma dolosa o culposa, asuman una conducta que no está acorde con la ley –o cualquier otro funcionario que

contraiga a nombre de los órganos oficiales, obligaciones no autorizadas por aquélla–, deberán reintegrar al patrimonio público los valores correspondientes a todas las pérdidas, mermas o deterioros que como consecuencia se hayan producido.

En el Estatuto Orgánico del Presupuesto (Leyes 38 de 1989 y 179 de 1994, compiladas en lo pertinente mediante el Decreto 360 de 1995), se determinan "las responsabilidades fiscales" en los términos siguientes:

"Además de la responsabilidad penal a que haya lugar, serán fiscalmente responsables:

a) Los ordenadores de gasto y cualquier otro funcionario que contraiga a nombre de los órganos oficiales obligaciones no autorizadas en la ley o que expidan giros para pagos de las mismas;

b) Los funcionarios de los órganos que contabilicen obligaciones contraídas contra expresa prohibición o emitan giros para el pago de las mismas;

c) El ordenador de gastos que solicite la constitución de reservas para el pago de las obligaciones contraídas contra expresa prohibición legal;

d) Los pagadores y el auditor fiscal que efectúen y autoricen pagos, cuando con ellos se violen los preceptos consagrados en el presente Estatuto y en las demás normas que regulan la materia.

Parágrafo. Los ordenadores, pagadores, auditores y demás funcionarios responsables que estando disponibles los fondos y legalizados los compromisos demoren sin justa causa su cancelación o pago, incurrirán en causal de mala conducta".

Por otra parte, "los ordenadores y pagadores serán solidariamente responsables de los pagos que efectúen sin el lleno de los requisitos legales".

Al dictarse el fallo a que se refiere el consultante, estaba rigiendo el artículo 89 de la Ley 38 de 1989, atrás transcrito. Fue con base en esta disposición que la Sección Primera sostuvo que la responsabilidad de los indicados funcionarios ya no comprendía los "perjuicios" que ocasionen (como se disponía en el artículo 163 del Decreto-ley 294 de 1973 o anterior estatuto orgánico del Presupuesto General de la Nación), sino la responsabilidad fiscal, que siempre ha correspondido a la Contraloría General determinar y fijar en términos económicos, excluidos los eventuales perjuicios que corresponde determinar, previo el debido proceso, a los jueces administrativos de la República.

La Sala considera que la jurisprudencia de la Sección Primera de esta Corporación, en lo relacionado con la determinación de eventuales "perjuicios", conserva validez porque se fundamenta en las referidas normas sobre responsabilidad fiscal, que no han perdido vigencia, en las competencias de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y porque no pugna con los criterios sobre control fiscal establecidos en la Constitución de 1991 y en la Ley 42 de 1993. Por el contrario, el nuevo texto constitucional avala esta tesis, cuando se refiere a los **alcances** deducidos de la responsabilidad fiscal:

"ART. 268. El Contralor General de la República tendrá las siguientes atribuciones:

(...)

5. Establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva sobre los alcances deducidos de la misma". La aplicación de esta norma se hace extensiva a los contralores departamentales, distritales y municipales por remisión del artículo 272, inciso sexto, *ibidem.*

Ahora bien: En materia de contratación estatal, la intervención de las contralorías se realiza una vez agotados los trámites administrativos de legalización de los contratos, con el objeto de ejercer control posterior y selectivo sobre las cuentas correspondientes a los pagos originados en los contratos, para verificar que éstos se ajustaron a las disposiciones vigentes y una vez liquidados o terminados aquéllos, para efectos del control financiero, de gestión y de resultados (Ley 80 de 1993, art. 65). La responsabilidad fiscal puede comprender a los contratistas y a los particulares (consultores, interventores y asesores) que vinculados al proceso, hubieren perjudicado los intereses patrimoniales del Estado (Ley 42 de 1993, art. 83).

También la responsabilidad fiscal e independiente de la responsabilidad civil y penal por acciones u omisiones en la acción contractual, deducida en los términos de la ley (Ley 80 de 1993, arts. 51 a 53 y 56).

El mantenimiento de la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso, es la razón de ser de la llamada ecuación contractual; mas si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, será deber de las partes adoptar "en el menor tiempo posible" las medidas necesarias para su restablecimiento (Ley 80 de 1993, art. 27). Como consecuencia, las entidades estatales actuarán de tal modo que por causas a ellas imputables, no sobrevenga una mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista (*ibidem,* art. 4°, numeral 9°).

Si con transgresión de las normas o estipulaciones contractuales, llegaren a generarse sobrecostos en los contratos celebrados entre el Estado y un particular, por conductas imputables a servidores de la entidad estatal, habrá lugar a deducir la correspondiente responsabilidad fiscal. De igual manera, si la conducta imputable se predica de particulares que intervienen en el proceso de contratación.

II. Caducidad de la acción fiscal. Se refiere al consultante a la caducidad de la acción fiscal e indaga si ésta corresponde a los dos años señalados por la Corte Constitucional en sentencia número 46 de 10 de febrero de 1994, mediante la cual fue declarado exequible el artículo 17 de la Ley 42 de 1993, cuyo texto es el siguiente: "Si con posterioridad a la revisión de cuentas de los responsables del Erario aparecieren pruebas de operaciones fraudulentas o irregulares relacionadas con ella se levantará el fenecimiento y se iniciará el juicio fiscal".

En aquella oportunidad, la Corte Constitucional se expresó en los términos siguientes: "... En razón de la remisión que al Código Contencioso Administrativo y al Código de Procedimiento Penal hace el artículo 89 de la Ley 42 de 1993 con el objeto de completar e integrar la regulación de la responsabilidad fiscal de los funcionarios del Erario, no cabe duda de que a la luz del artículo 66-2 del primero, el acto administrativo de fenecimiento deberá entenderse que pierde fuerza ejecutoria como consecuencia de la desaparición de sus fundamentos de hecho. No obstante, el proceso de responsabilidad fiscal –conservando en estos aspectos la remisión al Código Contencioso Administrativo por la afinidad y naturaleza de la materia– sólo podrá iniciarse dentro de los dos años siguientes a la fecha en que se hubiere realizado el acto de fenecimiento de la respectiva cuenta (...). Si el término de caducidad de dos años lo establece la ley para la acción de reparación directa enderezada contra el Estado y cuyo objeto es el de deducir su responsabilidad por un hecho, omisión u operación suya (C.C.A., art. 136), el mismo término deberá predicarse *mutatis mutandis* de la iniciación del proceso de responsabilidad fiscal por parte de los organismos de control fiscal y que apunta a deducir la existencia, contenido y alcance de la responsabilidad fiscal de las personas que han manejado los intereses patrimoniales del Estado. Lo anterior no es óbice para que los autores de las operaciones fraudulentas o irregulares puedan ser objeto de investigación y sanción penal y que, en este caso, la entidad respectiva obtenga la correspondiente indemnización".

Evidentemente, el artículo 89 de la Ley 42 de 1993 preceptúa que "en los aspectos no previstos en este capítulo", es decir, en el capítulo III del título II denominado "El proceso de responsabilidad fiscal", se aplicarán las disposiciones contenidas en el Código Contencioso Administrativo o en el Código de Procedimiento Penal, según el caso. Y como en dicho capítulo no está previsto un término de caducidad para el ejercicio de la acción fiscal, habrá de acudirse, en procura de un criterio interpretativo, a la regulación de materias semejantes por el Código Contencioso Administrativo. Este Código, en su artículo 136, trata el tema relacionado con la "caducidad de las acciones", entre las que contempla: La de nulidad, la de restablecimiento del derecho, la sobre los actos presuntos que resuelven un recurso, las de nulidad y de restablecimiento del derecho contra los actos de adjudicación de baldíos, las relativas a contratos, la electoral y la de reparación directa; es esta última, mediante la cual la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño cuando la causa de la petición sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos, la que ofrece características más cercanas a la acción fiscal que, a su vez, busca deducir responsabilidad y hacer efectiva la obligación de compensar el daño causado al patrimonio del Estado como consecuencia de la administración o manejo irregular de fondos o bienes de su propiedad.

La caducidad de la acción de reparación directa se produce "al vencimiento del plazo de dos (2) años contados a partir de la producción del acto o hecho", término que será aplicable, por la remisión que hace el artículo 89 de la Ley 42 de 1993, a la acción fiscal.

III. Intereses moratorios aplicables en los procesos de jurisdicción coactiva. Conforme a conocido precepto del Código Civil, artículo 1617, la indemnización por mora proveniente de las obligaciones civiles consistentes en pagar una cantidad de dinero, se rije, a falta de estipulación convencional o de expresa autorización de cobro de los intereses corrientes, por un interés legal del seis por ciento (6%) anual.

La materia relativa a intereses ha sido consignada en diversos ordenamientos legales, con el objeto de regular su incidencia en asuntos mercantiles, tributarios, de contratación administrativa, de valorización, etcétera. Así, el Código de Comercio equipara el interés legal comercial con el interés bancario corriente, cuya tasa debe certificar el Superintendente Bancario y señala como límite máximo del interés moratorio convencional el duplo del interés bancario corriente (*ibidem,* arts. 883 y 884); el estatuto tributario, artículo 635, determina que la tasa de interés moratoria será equivalente a la tasa de interés de captación más representativa del mercado a 31 de diciembre del año inmediatamente anterior, según certificación que al respecto emita la Superintendencia Bancaria, aumentada dicha tasa en una tercera parte, debiendo el Gobierno publicar en el mes de febrero de cada año, la tasa de interés moratoria, que regirá durante los doce (12) meses siguientes (conforme a la Resolución 376 de 1995, la tasa de interés moratorio para efectos tributarios que regirá entre el 1° de marzo de 1995 y el 29 de febrero de 1996 será del 49.72% anual, la cual se liquidará por cada mes o fracción de mes calendario de retardo en el pago de los impuestos, anticipos y retenciones administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales) y en los contratos estatales, en caso de no haberse pactado intereses moratorios, se aplicará la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado (Ley 80 de 1993, art. 4°, numeral 8°).

Pero concretamente en relación con los créditos a favor del Tesoro Público –salvo lo especialmente dispuesto para efectos tributarios– la norma vigente es la Ley 68 de 1923, cuyo artículo 9° prescribe: "Los créditos a favor del Tesoro Público devengan intereses a la rata (sic) del doce por ciento (12%) anual, desde el día en que se hagan exigibles hasta aquel en que se verifique el pago".

La Sala estima, por consiguiente, que la tasa del 12% anual es la aplicable a los intereses moratorios que se causen en los procesos por jurisdicción coactiva de competencia de las contralorías.

IV. Delegación del ejercicio de la jurisdicción coactiva. Dispone el artículo 91 de la Ley 42 de 1993 que los contralores, para exigir el cobro coactivo de las deudas fiscales, podrán delegar el ejercicio de esta atribución en la dependencia que de acuerdo con la organización y funcionamiento de la entidad se cree para este efecto.

Se pregunta si contra los actos del delegatario procede el recurso de apelación, habida consideración de que contra los actos del delegante, titular de la competencia, no tiene cabida.

Es cierto, como lo explica el consultante, acogiendo una interpretación tradicional y ortodoxa que se resume en la frase "lo que hace el delagatario es como si lo

hiciera el delegante", que el acto de delegación implica la transferencia de una función o competencia en forma integral a un delegatario, caso en el cual el efecto jurídico derivado de esas actuaciones es el mismo que resultaría en el evento de que las hubiese producido directamente el delegante.

De conformidad con esa interpretación, no cabe el recurso de apelación ante el superior jerárquico contra los actos que profiera la dependencia de la contraloría en la cual ha sido delegada la facultad para adelantar el proceso de jurisdicción coactiva, regulado en los artículos 90 a 98 de la Ley 42 de 1993 y que tiene como finalidad el cobro de los créditos fiscales que nacen de los alcances líquidos contenidos en los correspondientes títulos ejecutivos.

Esa interpretación y respuesta son válidas, siempre que el legislador no haya establecido el aludido recurso. Porque podría hacerlo, en procura de garantizar de una mejor manera los intereses del sujeto pasivo de una obligación, o en otro supuesto, los derechos de los ciudadanos que acuden ante la Administración en defensa de los mismos. A ese respecto, precribe el inciso final del artículo 211 de la Constitución: "La ley establecerá los recursos que se pueden interponer contra los actos de los delegatarios".

VI. Respuestas de la Sala. En concordancia con las anteriores consideraciones, la Sala responde:

1. A las contralorías corresponde determinar la responsabilidad fiscal. Los eventuales perjuicios derivados de la misma, son de competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

2. Es función de las contralorías determinar responsabilidades fiscales derivadas de sobrecostos en contratos celebrados entre el Estado y un particular, siempre y cuando aquellos se originen en causas imputables a determinada o determinadas personas de las que intervienen en el proceso de contratación.

3. La responsabilidad fiscal, en Colombia, no debe considerarse como una especie de la responsabilidad civil, sino como otra especie del género responsabilidad, de conformidad con la cual los servidores públicos responden por infringir la Constitución y las leyes y por omisión y extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

4. El término de caducidad de la acción fiscal es de dos (2) años, contados a partir de la producción del acto o hecho.

5. Los intereses moratorios que devengan los créditos a favor de las entidades públicas en los procesos de jurisdicción coactiva que cursan en las contralorías, son del doce por ciento (12%) anual, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9° de la Ley 68 de 1923.

6. En las contralorías, los actos del delegatario en los procesos de jurisdicción coactiva, no son apelables ante el delegante o titular de la competencia, pero la ley puede establecer el recurso de apelación.

Trancríbase, en sendas copias auténticas, a los señores Ministro del Interior y Secretario Jurídico de la Presidencia de la República (C.C.A., art. 112).

Roberto Suárez Franco, Presidente de la Sala; *Javier Henao Hidrón, César Hoyos Salazar, Luis Camilo Osorio Isaza.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

---

[1] Marienhoff, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", 4ª ed. Buenos Aires, 1994, t. III-B, p. 387 y 397.

CONSULTA NUMERO 733

(3 de octubre de 1995)

REGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL DE EMPLEADO PUBLICO - Competencia para su fijación.

La Constitución, en su artículo 150, numeral 19, letra e), atribuye al Congreso la función de dictar una ley marco señalando las normas generales, objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos.

Autorizada su publicación el 12 de octubre de 1995.

DIRECTOR SECCIONAL DE LA CONTRALORIA - Prima de alta gestión.

Los Directores Seccionales de la Contraloría General de la República no tienen derecho al pago de la prima de alta gestión, regulada por el inciso segundo del artículo 5º del Decreto 44 de 1995.

Autorizada su publicación el 12 de octubre de 1995.

Santa Fe de Bogotá, D. C., tres (3) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *César Hoyos Salazar.*

Radicación número 733

Referencia: Prima de alta gestión en la Contraloría General de la República, según Decreto 44 de 1995.

El señor Ministro del Interior, doctor Horacio Serpa Uribe, a solicitud del señor Contralor General de la República, doctor David Turbay Turbay, formula a la Sala la siguiente consulta:

"¿Tienen derecho los Directores Seccionales de la Contraloría General de la República al pago de la prima de alta gestión, regulada por el inciso segundo del artículo 5º del Decreto 44 de 1995?".

1. ANTECEDENTES

El Decreto 44 de 1995, dispone:

"Artículo 1°. A partir del 1° de enero de 1995, establécense las siguientes escalas de asignaciones básica y adicional mensuales para los empleos de la Contraloría General de la República y del Fondo de Bienestar Social de la Contraloría General de la República,

ESCALA DEL NIVEL DIRECTIVO – ASESOR

Grado	Asignación Básica
27	2.360.000
26	1.970.600
25	1.775.900
24	1.663.800
23	1.427.800
22	1.156.400
21	932.200
20	802.400
19	708.000
18	637.200

Artículo 2°. Para efectos de la aplicación del presente decreto establécense las siguientes equivalencias, a los empleos comprendidos en el nivel Directivo - Asesor.

NIVEL DIRECTIVO – ASESOR

Situación Actual		Situación Nueva	
Denominación	**Grado**	**Denominación**	**Grado**
Vicecontralor	21	Vicecontralor	27
Auditor Gral.	20	Auditor General	26
Secretario Gral.	20	Secretario General	26
Secretario Advo.	20	Secretario Advo.	26

Director General	19	Director General	25
Jefe de Oficina	19	Jefe de Oficina	25
Director Seccional	18	Director Seccional	24
Secretario Privado	18	Secretario Privado	24
Asesor	19	Asesor	25
	18		24

Artículo 5°. El Auditor General, el Secretario General y Secretario Administrativo, tendrán derecho a percibir una prima de alta gestión equivalente a la suma de cuatrocientos noventa y dos mil seiscientos cincuenta pesos ($492.650.00) moneda corriente.

El Secretario Privado y los Asesores grado 24, tendrán derecho a percibir una prima de alta gestión equivalente a la suma de trescientos treinta y dos mil setecientos sesenta pesos ($332.760.00) moneda corriente.

Los cargos del nivel Directivo–Asesor grado 25, tendrán derecho a percibir una prima de alta gestión equivalente al veinte por ciento (20%) de la asignación básica mensual.

Bajo los anteriores supuestos normativos, se procedió al pago de la prima de alta gestión a los Directores Seccionales. Sin embargo, la Auditoría cuestionó la legalidad del pago de esta prima para los mencionados cargos, al considerar que cuando el Decreto 44 de 1995 se refiere a los Asesores grado 24, sólo incluye a los funcionarios de ese nivel adscritos al Despacho del Contralor General.

2. CONSIDERACIONES

2.1 REGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL. La Constitución, en su artículo 150, numeral 19, letra e), atribuye al Congreso la función de dictar una ley marco señalando las normas generales, objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos.

La Ley 4ª de 1992 ordena en su artículo 2° que para la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores públicos enumerados en el artículo 1°, entre ellos los empleados de la Contraloría General de la República, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta los siguientes objetivos y criterios:

"j) El nivel de los cargos, esto es, la naturaleza de las funciones, sus responsabilidades y las calidades exigidas para su desempeño; k) El establecimiento de rangos de remuneración para los cargos de los niveles profesional, asesor, ejecutivo y directivo..."

El sistema salarial de los servidores públicos, según el artículo 3° de la misma ley, "estará integrado por los siguientes elementos: La estructura de los empleos, de

conformidad con las funciones que se deban desarrollar y la escala y tipo de remuneración para cada cargo o categoría de cargos".

2.2 PRIMA DE ALTA GESTION. El artículo 113 de la Ley 106 de 1993, dispone:

"Los empleados públicos de la Contraloría General de la República tendrán derecho a disfrutar, además del régimen prestacional establecido para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público a nivel nacional, de las prestaciones que vienen disfrutando en virtud de normas anteriores, entre otros, a saber:

"(...)

6. Prima de alta gestión

Los funcionarios de la Contraloría General de la República vinculados en el nivel directivo-asesor grados 19 y 20, tendrán derecho a una prima de alta gestión en una suma equivalente hasta el veinte por ciento (20%) de la asignación básica mensual.

Para el Vicecontralor esta prima será del treinta por ciento (30%) de la asignación básica mensual".

El artículo 105 de la misma ley establece la denominación y grado de los empleos de la misma Contraloría, así:

DENOMINACION	
NIVEL DIRECTIVO–ASESOR	**GRADO**
Contralor General de la República	
Vicecontralor	21
Auditor General	20
Secretario General	20
Secretario Administrativo	20
Director General	19
Jefe de Oficina	19
Director Seccional	18
Secretario Privado	18
Asesor	18

Según el mismo artículo, por denominación se entiende la identificación del conjunto de labores, atribuciones y responsabilidades que constituyen un empleo y por grado, el número de orden que indica la asignación mensual del empleo dentro de una escala progresiva, según la complejidad y responsabilidad inherente al ejercicio de sus funciones.

2.2 EL DECRETO 44 DE 1995. El Gobierno Nacional, en desarrollo de las normas generales de la Ley 4ª de 1992, dictó el Decreto 44 de 1995 por medio del cual establece escalas de asignaciones básicas y adicional mensuales para los empleos de la Contraloría General de la República y del Fondo de Bienestar Social de la misma.

El decreto establece nuevos grados en la escala dispuesta por el artículo 105 de la Ley 106 de 1993 y fija una equivalencia entre los dos. Los principales cambios son:

a) Mantiene los grados 18 a 21, con asignación básica, pero sin denominación de los empleos. Crea los grados 23 a 27. Los grados 24 a 27 sustituyen los anteriores grados 18 a 21;

b) Incrementa, del 20% al 25% de la asignación básica mensual, la prima de alta gestión para los empleos que estaban en grado 20 y en la nueva escala pasan a ser grado 26;

c) Al empleo denominado "Asesor", le atribuye como situación actual el grado 19, incurriendo en ostensible error porque el verdadero grado era 18, conforme a la Ley 106 de 1993. Esta, al fijar la planta global de la Contraloría General de la República en su artículo 106, sólo incluye dos empleos de Asesor en el nivel directivo-asesor, ambos con grado 18;

d) Mantiene la prima de alta gestión para el grado 19, que en adelante será grado 25;

e) Asigna prima de alta gestión al Secretario Privado y a los Asesores grado 24.

De la expresa referencia que el inciso 2° del artículo 5° del Decreto 44 hace al Secretario Privado y a los "Asesores grado 24", se infiere que la prima de alta gestión se otorga sólo a estos dos empleos, específicamente y no a todos los empleos grado 18 del nivel directivo-asesor. Si el propósito hubiese sido otorgar la prima a todos los empleos de grado 24, la redacción de este inciso habría sido similar al inciso 3°: "Los cargos del nivel Directivo-Asesor grado 25,..." A esta conclusión se llega aplicando el argumento a contrario *(inclusione unius fit exclusio alterius)* de la lógica formal, por cuanto el texto del mencionado inciso encierra una solución restrictiva en la aplicación de la prima de alta gestión, que permite deducir una solución contraria para los casos no comprendidos en ese texto.

Los "asesores grado 24" que menciona el inciso 2° del artículo 5° del Decreto 44 de 1995 para asignarles prima de alta gestión, son los mismos "asesores" que antes figuraban en grado 18, porque la Ley 106 de 1993 no incluyó en la denominación y grado de los empleos (art. 105), ni en la planta de personal de la Contraloría General de

la República, en el nivel directivo-asesor (art. 106), el empleo de "Asesor" grado 19. Sólo aparece en dicha ley el empleo de Asesor grado 18. Es evidente que no se modificó el grado del asesor, sino que se citó de manera errónea la situación en que él estaba.

El error adquiere mayor relieve cuando para efectos de otorgarle prima de alta gestión al asesor, se toma su verdadera denominación y grado, "Asesor grado 24", que es justamente la equivalencia con el anterior grado 18.

Las inconsistencias anotadas pueden ser subsanadas por el Gobierno, dentro del marco instituido por la Ley 4ª de 1992.

En consecuencia, **la SALA RESPONDE:**

Los Directores Seccionales de la Contraloría General de la República no tienen derecho al pago de la prima de alta gestión, regulada por el inciso segundo del artículo 5° del Decreto 44 de 1995.

Transcríbase en sendas copias auténticas, a los señores Ministro del Interior y Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

Roberto Suárez Franco, Presidente de la Sala; *Javier Henao Hidrón, César Hoyos Salazar, Luis Camilo Osorio Isaza.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

CONSULTA NUMERO 735

(3 de octubre de 1995)

SENTENCIA DE REINTEGRO - Cumplimiento / SUPRESION DE CARGOS - Indemnización / MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS Y TRANSPORTE - Reestructuración / TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO DE TRABAJO - Improcedencia de indemnización.

Si la sentencia faculta el reintegro para que a falta del cargo se provea otro de superior jerarquía, deberá cumplirse. Pero, si como lo expresa el texto de la consulta, los cargos de los trabajadores oficiales fueron suprimidos nos hallamos en presencia de una decisión judicial de imposible cumplimiento, en los términos en que está formulada la consulta. Ante tal eventualidad la administración deberá admitir el acto administrativo correspondiente, mediante el cual se reconozcan los salarios y prestaciones debidos hasta el momento de supresión del cargo, y la indemnización prevista por el Decreto 2171 de 1992. La liquidación oficial, cuyo reintegro se ordena en la sentencia, no podrá ir más allá de la fecha en la cual se adoptó la nueva planta de personal, esto es el 1° de enero de 1994, en razón que de todas maneras se le hubiera suprimido el cargo en esa fecha. No existe causa legal para el reconocimiento de salarios y prestaciones después del 31 de diciembre de 1993. Ahora bien, como se expresó la indemnización por causa de la supresión del cargo opera por disposición legal; pero no hay lugar al pago de indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo, en razón de que existe disposición expresa del artículo 153 del Decreto 2171 de 1992 en tal sentido. Finalmente, debe aclararse que el rubro presupuestal para el pago de dicha liquidación, no corresponde al de gastos de funcionamiento de la entidad, sino al del pago de las condenas del proceso judicial.

Santa Fe de Bogotá, D. C., tres (3) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Roberto Suárez Franco.*

Radicación número 735.

Referencia: Consulta del Ministerio de Transporte sobre el reintegro de trabajadores oficiales por mandato de sentencia judicial reestructuración del Ministerio de Obras Públicas y Transporte (Decreto 2665 de 1993).

El señor Ministro de Transporte, doctor Juan Gómez Martínez, formula a la Sala la siguiente consulta:

"1. El Ministerio de Obras Públicas y Transporte fue reestructurado mediante el Decreto 2171 del 30 de diciembre de 1992 y como tal funcionó hasta el 30 de diciembre de 1993.

2. A partir del 31 de diciembre de 1993, inició labores el Ministerio de Transporte, con objetivos diferentes a los del reestructurado Ministerio de Obras Públicas y Transporte.

3. A la fecha de iniciación de labores del Ministerio de Transporte, quedaron unos procesos laborales en curso, en que son demandantes trabajadores oficiales, en los cuales su pretensión principal es el reintegro, y en algunos de ellos se ha dictado sentencia accediendo a las súplicas de la demanda.

4. El Ministerio de Transporte adoptó mediante el Decreto 2665 del 29 de diciembre de 1993, la planta de personal, siendo únicamente sus servidores los empleados públicos.

5. Como los fallos de la justicia ordinaria han ordenado el reintegro de algunos ex funcionarios, en cargos propios de la clasificación de trabajadores oficiales, existentes para la época del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, se pregunta:

1. ¿Cómo se procede al reintegro, teniendo en cuenta que en el momento, el Ministerio de Transporte, no cuenta en su planta de personal con trabajadores oficiales?

2. ¿Si el Ministerio de Obras Públicas y Transporte existió hasta el 30 de diciembre de 1993, se pueden pagar salarios más allá de esa fecha?

3. ¿Es factible ordenar el reintegro y en el mismo acto dar por terminada la vinculación laboral en aplicación de la causal consagrada en el Decreto 2171 de 1992 y en consecuencia liquidar y pagar la indemnización allí establecida?

4. ¿Es dable que el Ministro de Transporte ordene el reintegro de los trabajadores oficiales al Instituto Nacional de Vías en su carácter de organismo adscrito?"

I. ANTECEDENTES

1. El artículo 189 numeral 14 de la Constitución Política otorga al Presidente de la República la facultad consistente en suprimir los empleos que demande la administración central, según las necesidades del servicio y conforme a la ley.

2. La misma Carta a través del artículo transitorio 20, facultó al Gobierno Nacional, por el término de dieciocho meses contados a partir de la vigencia de la Constitución, para suprimir, fusionar o reestructurar las entidades de la rama ejecutiva, los establecimientos públicos, las entidades industriales y comerciales y las sociedades de economía mixta del orden nacional, con el fin de ponerlas en consonancia con los mandatos de la nueva Constitución y, en especial con la redistribución de competencias y recursos que ella establece.

3. En desarrollo del mandato constitucional a que se ha hecho mención, el Gobierno mediante el Decreto 2171 de 1992 reestructuró el Ministerio de Obras Públicas y Transporte al que designó como Ministerio de Transporte.

En el citado decreto se dispone específicamente la integración del sector transporte por el Ministerio respectivo y sus organismos adscritos y vinculados, se definen los criterios básicos, la política y regulación del transporte, así como sus objetivos y funciones; y en general se determina la estructura del Ministerio y las funciones que le fueron asignadas a cada una de sus dependencias; además se consagran disposiciones de carácter laboral tendientes a lograr el correcto funcionamiento de la entidad reestructurada.

Se ordena además en el estatuto últimamente citado que "la supresión de un empleo o cargo como consecuencia de la supresión, fusión o reestructuración de las entidades a que se refiere este decreto dará lugar a la terminación del vínculo legal y reglamentario de los empleados públicos y a la terminación de los contratos de trabajo de los trabajadores oficiales" (artículo 140 *ibidem*).

El artículo 141 agrega que "las autoridades competentes suprimirán los empleos o cargos vacantes y los desempeñados por empleados públicos y trabajadores oficiales cuando ellos no fueren necesarios en las respectivas plantas de personal".

También se prevé en el decreto la facultad para incorporar a la planta de personal del Ministerio de Transporte a aquellos funcionarios que al momento de entrar en vigencia el Decreto 2171 de 1992 se encontraban vinculados al Ministerio de Obras Públicas y Transporte y sus entidades adscritas y vinculadas (artículo 146).

Se establece además, en dicho decreto, una indemnización para los empleados públicos escalafonados y para los trabajadores oficiales cuyos cargos desapareciesen por razón de la supresión, fusión o reestructuración de la entidad respectiva (artículo 148).

Finalmente, el artículo 160 *ibidem*, extiende hasta el 31 de diciembre de 1993 el plazo para expedir las normas por las que se adopten las nuevas plantas de personal del Ministerio de Transporte y sus entidades adscritas o vinculadas.

4. Mediante el Decreto 2665 de 1993 el Gobierno estableció la planta de personal del Ministerio de Transporte, la cual rige a partir del 1° de enero de 1994.

Dicho Ministerio puede incorporar directamente a su planta de personal a los funcionarios que, al momento de entrar en vigencia el Decreto 2171 de 1992 se encontraban laborando al servicio del Ministerio de Obras Públicas y Transporte y de sus entidades adscritas y vinculadas (artículo 3° *ibidem*).

5. Para efectos de la consulta es menester también tener en cuenta las siguientes normas:

a) El artículo 334 del Código de Procedimiento Civil según el cual "podrá exigirse la ejecución de las providencias una vez ejecutoriadas, o a partir del día siguiente al de la notificación del auto de obedecimiento a lo resuelto por el superior, según fuere el caso...";

b) El artículo 176 del Código Contencioso Administrativo que ordena, en cuanto a la ejecución de las sentencias, lo siguiente: "Las autoridades a quienes corresponda la ejecución de una sentencia dictarán, dentro del término de treinta (30) días contados desde su comunicación, la resolución correspondiente, en la cual se adoptarán las medidas necesarias para su cumplimiento".

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Supresión del cargo o empleo.

La modificación en las plantas de personal de las entidades estatales suele ocasionar la supresión de empleos; ello es consecuencia de la adaptación a una nueva estructura orgánica de la entidad, la redistribución o reclasificación de cargos. Esta facultad de la administración tiene como fuente primigenia el principio constitucional en que la función administrativa está al servicio de los intereses generales.

El ejercicio de la facultad constitucional consistente en suprimir cargos corresponde al Presidente de la República, tal como lo dispone el artículo 189 numeral 14 de la Carta, lo que da lugar a la terminación del vínculo legal y reglamentario de los empleados públicos o la terminación de los contratos de trabajo con los trabajadores oficiales. En este caso se produce el retiro del servicio y la consecuente indemnización que se liquidará de conformidad con la tabla señalada en el artículo 148 del Decreto 2171 de 1992.

En el caso de estudio, la planta de personal del Ministerio de Obras Públicas y Transporte permaneció vigente el 31 de diciembre de 1993, se sigue, entonces que los cargos que no fueron incorporados a la nueva planta adoptada por el Decreto 2665 de 1993, se suprimieron a partir del 1° de enero de 1994.

El artículo 122 de la Carta prohíbe la existencia de un empleo público que no tenga funciones detalladas, en la ley o reglamento, en consecuencia, si no existe el cargo, tampoco hay funciones por cumplir lo que conduce a que no se justifique la existencia del respectivo servidor en la administración y la consiguiente falta de causa legal para devengar salario.

De otra parte, el decreto de reestructuración del Ministerio de Obras Públicas y Transporte como Ministerio de Transporte, reconoce indemnización a quienes se les suprime el empleo como consecuencia de tal reestructuración, pero prevé la incompatibilidad entre dicha indemnización con la convencional por terminación unilateral y sin justa causa prevista para los contratos de trabajo de los trabajadores oficiales (artículo 153 Decreto 2171 de 1992).

2. Efectos de la sentencia de reintegro.

Las providencias judiciales ejecutoriadas son de obligatorio cumplimiento. Expresa el artículo 176 del C.C.A. que las autoridades a quienes corresponda la ejecución de una sentencia dictarán, dentro del término de treinta (30) días, contados desde su comunicación, la resolución correspondiente por la cual se adoptan las medidas necesarias para su cumplimiento.

Debe entenderse entonces y en consonancia con los supuestos enunciados en la consulta que, el cumplimiento del reintegro para los trabajadores oficiales, implica que los cargos a los cuales deban reintegrarse y que ocupaban antes de producirse la desvinculación que se impugnó, permanezcan incluidos en la planta de personal.

Ahora bien, si la sentencia faculta el reintegro para que a falta del cargo se provea otro de superior jerarquía, deberá cumplirse. Pero, si como lo expresa el texto de la consulta, los cargos de unos trabajadores oficiales fueron suprimidos nos hallamos en presencia de una decisión judicial de imposible cumplimiento, en los términos en que está formulada la consulta.

Ante tal eventualidad la administración deberá emitir el acto administrativo correspondiente, mediante el cual se reconozcan los salarios y prestaciones debidos hasta el momento de supresión del cargo, y la indemnización prevista por el Decreto 2171 de 1992.

La liquidación al trabajador oficial, cuyo reintegro se ordena en la sentencia, no podrá ir más allá de la fecha en la cual se adoptó la nueva planta de personal, esto es el 1° de enero de 1994, en razón de que de todas maneras se le hubiera suprimido el cargo en esa fecha. No existe causa legal para el reconocimiento de salarios y prestaciones después del 31 de diciembre de 1993.

Ahora bien, como se expresó la indemnización por causa de la supresión del cargo opera por disposición legal, pero no hay lugar al pago de indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo, en razón de que existe disposición expresa del artículo 153 del Decreto 2171 de 1992 en tal sentido.

Finalmente, debe aclararse que el rubro presupuestal para el pago de dicha liquidación, no corresponde al de gastos de funcionamiento de la entidad, sino al de pago de condenas por proceso judicial.

LA SALA RESPONDE:

1. La sentencia que ordene el reintegro de un trabajador oficial en el supuesto de que en la planta de personal del Ministerio de Transporte no cuente con trabajadores oficiales, se cumplirá mediante acto administrativo que ordene el reconocimiento y pago de salarios y prestaciones que le correspondían en el desempeño de su cargo hasta la fecha de supresión del mismo. Además, deberá ordenarse el pago de la indemnización de conformidad con lo dispuesto por el artículo 148 del Decreto 2171 de 1992.

2. No existe causa legal para que el Ministerio de Obras Públicas y Transporte pague salarios después del 31 de diciembre de 1993.

3. La administración, en el caso sometido a consulta, no puede ordenar el reintegro, por la sencilla razón de que el cargo no existe. Procede en cambio el trámite descrito en la respuesta al numeral primero.

4. El reintegro sólo podrá darse a la misma entidad, en el mismo cargo, o si la sentencia lo permite a otro de mayor jerarquía.

Transcríbase en sendas copias auténticas a los señores Ministro de Transporte y Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

Roberto Suárez Franco, Presidente de la Sala; *Javier Henao Hidrón, César Hoyos Salazar, Luis Camilo Osorio Isaza.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

CONSULTA NUMERO 738

(9 de octubre de 1995)

CONTRALORIAS DISTRITALES - Determinación de la estructura Orgánica / CONTRALORIAS DISTRITALES - Competencia nominativa / CONTRALORIAS DISTRITALES - Distribución de competencias / CONTRALOR DISTRITAL - Función administrativa.

Siendo las contralorías dependencias de la administración departamental, municipal y distrital, la determinación de su estructura orgánica corresponde a las corporaciones respectivas; así como la creación, fusión y supresión de empleos lo mismo que la fijación de la remuneración de su personal. No obstante, las contralorías tienen sus funciones definidas y además de las actuaciones señaladas por la Constitución, la ley les asigna otras competencias específicas que se hallan contenidas en el artículo 165 de la Ley 136 de 1994. Dentro de ellas, la única función que en materia de empleo se les asigna, es la de proveer lo de su dependencia, si es del caso mediante los procedimientos establecidos para la carrera administrativa, así como reglamentar los permisos y las licencias de conformidad con la ley. Esta atribución, en el Distrito Capital, está señalada en el artículo 105 numeral 14 del Decreto-ley 1421 de 1993. La asignación de funciones a las distintas dependencias de la administración territorial, está reservada a las asambleas y a los concejos; y la asignación de funciones especiales a los empleos de dichas dependencias, con exclusión de los organismos de control, corresponde a los gobernadores y alcaldes. La distribución de asuntos o negocios entre distintas dependencias o empleados de la contraloría, es asunto que le corresponde definir al contralor como función administrativa propia en el reglamento interno, siempre y cuando no se contraríen disposiciones de mayor jerarquía y no se trate de asignación de funciones.

Autorizada su publicación el 20 de octubre de 1995.

Santa Fe de Bogotá, D. C., nueve (9) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Roberto Suárez Franco.*

Radicación número 738.

Referencia: Consulta del Ministerio del Interior sobre la planta de personal y estructura administrativa y presupuestal de las contralorías distritales.

El señor Ministro del Interior solicitó el concepto de la Sala en relación con las plantas de personal y las estructuras administrativas de las contralorías distritales y formula los siguientes interrogantes:

"1. En desarrollo d la autonomía administrativa ¿es competencia de los contralores de las entidades territoriales crear, suprimir o fusionar los empleos de las contralorías, y fijar sus escalas de remuneración?

2. Si lo anterior no fuera una competencia de los contralores de las entidades territoriales, ¿es competencia de los alcaldes, crear, suprimir, o fusionar los empleos de las Contralorías?

3. ¿Es competencia de los contralores distribuir asuntos (o negocios) entre las dependencias y señalar funciones a los empleados de la respectiva contraloría?

4. ¿Es competencia de los contralores de las entidades territoriales adaptar la estructura de las unidades y demás dependencias de la respectiva contraloría, de acuerdo con las circunstancias cambiantes de la administración y con las necesidades técnicas?

5. ¿Cuáles son los alcances de la autonomía funcional, la autonomía administrativa y la autonomía presupuestal de las contralorías, en qué actos se manifiestan estos principios, y en qué actuaciones se evidencia que son entes independientes de la administración?"

A. **Régimen constitucional y legal aplicable**

Con el fin de absolver la consulta formulada, la Sala analiza las siguientes disposiciones constitucionales y legales:

1. El artículo 267 de la Constitución Política prescribe que el control fiscal es una función pública que será ejercida por la Contraloría General de la República, entidad a la cual corresponde vigilar la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación.

La Contraloría General de la República, agrega la Carta, es una entidad de carácter técnico con autonomía administrativa y presupuestal; pero "no tendrá funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización".

2. Por su parte, el artículo 272 inciso 2° prescribe, respecto del control fiscal en departamentos, distritos y municipios:

"Corresponde a las asambleas y a los concejos distritales y municipales organizar las respectivas contralorías como entidades técnicas dotadas de autonomía administrativa y presupuestal".

3. Este principio fundamental, se reitera en el artículo 155 de la Ley 136 de 1994; esta normas agrega además:

"En ningún caso podrán realizar funciones administrativas distintas a las inherentes a su propia organización".

Conforme a los preceptos transcritos, es claro que no obstante la naturaleza de órganos de control fiscal, las Contralorías cumplen algunas funciones administrativas circunscritas a su propia organización, a pesar de no formar parte de la rama ejecutiva o administrativa, tal como lo había advertido la jurisprudencia constitucional en vigencia de la Constitución de 1886 (sentencia Corte Suprema de Justicia, agosto 23 de 1984. Magistrado ponente: doctor Manuel Gaona Cruz).

La Sala en ocasiones anteriores al analizar las disposiciones transcritas ha sostenido:

a) Las contralorías departamentales, distritales y municipales son, dependencias de los departamentos, distritos y municipios y tienen autonomía administrativa y presupuestal para el ejercicio de sus funciones;

b) Las contralorías departamentales, distritales y municipales pertenecen en su orden, a las personas jurídicas de derecho público denominadas departamentos, distritos y municipios. El hecho de atribuirse a la contraloría, capacidad para celebrar contratos o para actuar en juicios no puede sustituir la decisión legislativa o del órgano de representación popular correspondiente, de crear una entidad de derecho público dotada de personería jurídica;

c) La autonomía presupuestal y administrativa de las contralorías departamentales, distritales y municipales no presupone que tengan personería jurídica; en efecto pueden realizar todos los actos jurídicos que configuran la autonomía, sin perder fuerza vinculante o vigencia alguna, por la circunstancia de carecer de personalidad jurídica.

La identidad ontológica de las ramas y órganos del Estado, proviene de su delimitacion funcional y ámbito de competencias (artículo 113), sin que su capacidad para colaborar en la realización de los fines del Estado se condicione a la personalidad jurídica.

Lo anterior no impide que los recursos necesarios para su funcionamiento deben ser manejados directa y exclusivamente por tales dependencias las que ejercen sus funciones sin injerencia extraña de entidad, órgano o funcionario (Radicación número 485).

5. Ahora bien, en cuanto a la autonomía presupuestal, el régimen económico y de hacienda pública previsto en el título XII de la Constitución Política, establece:

"Artículo 352. Además de lo señalado en esta Constitución, la ley orgánica del presupuesto regulará lo correspondiente a la programación, aprobación, modificación, ejecución de los presupuestos de la nación, de las entidades territoriales y de los entes descentralizados de cualquier nivel administrativo, y su coordinación con el Plan Nacional de Desarrollo, así como también la capacidad de los órganos y entidades estatales para contratar".

La ley orgánica que condiciona el ejercicio de la actividad administrativa, requiere en razón de su mayor valor jurídico, la apropiación de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra cámara (artículo 151).

Así mismo dispone la Carta:

"Artículo 353. Los principios y las disposiciones establecidos en este título se aplicarán, en lo que fuere pertinente a las entidades territoriales, para la elaboración, aprobación y ejecución de su presupuesto".

6. De conformidad con los artículos 300-5 y 313-5 corresponde a las asambleas departamentales y a los concejos respectivamente, dictar las normas orgánicas del presupuesto y expedir anualmente el presupuesto de rentas y gastos.

A su turno compete a los gobernadores (305-4) y a los alcaldes (315-5) presentar oportunamente los proyectos de presupuestos anuales de rentas y gastos.

7. La ley orgánica del presupuesto, contenida en la Ley 38 de 1989 modificada por la Ley 179 de 1994, dispone en su artículo 152:

"Las entidades territoriales al expedir las normas orgánicas de presupuesto deberán seguir las disposiciones de la ley orgánica del presupuesto, adaptándolas a la organización, normas constitucionales y condiciones de cada entidad territorial. Mientras se expidan estas normas, se aplicará la ley orgánica del presupuesto en lo que fuere pertinente..."

8. De otra parte debe señalarse que la Ley 166 de 1994 (derogatoria del artículo 202 de la Ley 136 de 1994) dispuso que "los alcaldes y los concejos municipales y distritales al elaborar y aprobar los presupuestos deberán tener en cuenta que las apropiaciones para las contralorías y personerías no podrán ser inferiores a lo presupuestado, aprobado y ajustado para la vigencia en curso, e incrementados en un porcentaje igual al índice de precios al consumidor..."

9. La Ley 177 de 1994 (artículo 6°) introdujo también modificaciones a la Ley 136 de 1994 en su artículo 165, previendo respecto de la elaboración del presupuesto de las contralorías y personerías, que los contralores distritales y municipales tendrán, además de lo establecido en el artículo 272 de la Constitución Política las siguientes atribuciones.

"12. Elaborar el proyecto de presupuesto de la contraloría y presentarlo al alcalde, dentro de los términos establecidos en la ley, para ser incorporado al proyecto de

presupuesto anual de rentas y gastos. El alcalde no podrá modificarlo, sólo podrá hacerlo el concejo por iniciativa propia. Una vez aprobado el presupuesto, no podrán ser objeto de traslados por decisión del alcalde".

La anterior disposición configura un mecanismo legal de autonomía presupuestal de las contralorías departamentales, distritales y municipales, implicando correlativamente la prohibición impuesta al alcalde, con pérdida de dicha iniciativa, incluso en la etapa de ejecución del presupuesto. En este sentido, hace extensiva a las entidades territoriales la atribución de iniciativa presupuestal que la Ley 42 de 1993 había conferido al Contralor General de la República.

10. A lo anterior se agrega, tal como lo ha señalado la jurisprudencia de la Sala al conceptuar sobre la autonomía administrativa y presupuestal de las contralorías:

"La autonomía presupuestal consiste en la capacidad para ordenar el gasto en función de la ejecución del presupuesto (Decreto 360 de 1995 artículo 98). Por autonomía debe entenderse el desempeño de sus funciones de manera independiente y sin injerencia extraña de otra entidad, órgano o funcionario".

11. Por otra parte, la Constitución Política prescribe que no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento (artículo 122).

En materia de función pública dice la Carta en su artículo 125, que "los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de los trabajadores oficiales y los que determine la ley".

Obviamente que al aplicarse este ordenamiento deberán tenerse en cuenta las modalidades propias de la estructura orgánica que corresponde a la administración nacional o territorial y específicamente para la creación de empleos.

A nivel territorial, corresponde en los departamentos a las asambleas y en los municipios y distritos a los concejos, determinar su estructura y señalar las funciones propias de sus dependencias, así como las escalas de remuneración de las distintas categorías de empleos (artículo 300 y 313 C.P.).

En este orden de ideas, según la Constitución Política, es de competencia de los gobernadores y alcaldes, crear, suprimir y fusionar los empleos *de las dependencias a su cargo* (se subraya) señalarles funciones especiales y fijar sus emolumentos de conformidad con la ley y ordenanzas para los primeros y con los acuerdos para el caso de los alcaldes (artículos 305 y 315 *ibidem*).

A este respecto, la Ley 136 de 1994, que trata sobre la organización y funcionamiento de los municipios dispone "que la determinación de las plantas de personal de las contralorías municipales y distritales, corresponde a los concejos, a iniciativa de los respectivos contralores".

De manera que, siendo las contralorías dependencias de la administración departamental, municipal y distrital, la determinación de su estructura orgánica corresponde a las corporaciones respectivas; así como la creación, fusión y supresión de empleos lo mismo que la fijación de la remuneración de su personal.

No obstante, las contralorías tienen sus funciones definidas y además de las actuaciones señaladas por la Constitución, la ley les asigna otras competencias específicas que se hallan contenidas en el artículo 165 de la Ley 136 de 1994.

Dentro de ellas, la única función que en materia de empleo se les asigna, es la de proveer los de su dependencias, si es del caso mediante los procedimientos establecidos para la carrera administrativa, así como reglamentar los permisos y las licencias de conformidad con la ley.

Esta atribución, en el Distrito Capital, está señalada en el artículo 105 numeral 14 del Decreto-ley 1421 de 1993.

La asignación de funciones a las distintas dependencias de la administración territorial, está reservada a las asambleas y a los concejos; y la asignación de funciones especiales a los empleos de dichas dependencias, con exclusión de los organismos de control, corresponde a los gobernadores y alcaldes.

De otra parte, la distribución de asuntos o negocios entre distintas dependencias o empleos de la contraloría, es asunto que le corresponde definir al contralor como función administrativa propia en el reglamento interno, siempre y cuando no se contraríen disposiciones de mayor jerarquía y no se trate de asignación de funciones.

B. **Respuesta**

1. Los contralores de las entidades territoriales no son competentes para crear, suprimir o fusionar empleos en sus respectivas contralorías, como tampoco para fijar las escalas de remuneración.

2. Las asambleas y los concejos son los organismos competentes para definir la organización y estructura de las contralorías y lo referente al señalamiento de funciones.

3. Los contralores no tienen competencia para asignar funciones en sus dependencias y a sus empleados. Pero sí la tienen para distribuir dichas funciones y para expedir reglamentos internos de conformidad con la Constitución, la ley, ordenanzas y acuerdos.

4. Como ya se expresó, la determinación de la estructura de las contralorías departamentales, distritales y municipales es de competencia de las asambleas y de los consejos distritales y municipales respectivamente, con la iniciativa del contralor y en cuanto a la determinación de la planta de personal.

5. La autonomía administrativa de las contralorías debe entenderse como la facultad de desempeñar las funciones asignadas por la Constitución, la ley y las ordenanzas o acuerdos, según el caso, en forma independiente. La autonomía presupuestal se manifiesta en la iniciativa de elaboración del proyecto de presupuesto, en la existencia de un mecanismo legal de no reducción de la partida presupuestal y de actualización monetaria de la misma; en la imposibilidad de modificación del proyecto por el alcalde o de realizar traslados administrativos, así como en la capacidad para ordenar el gasto y celebrar contratos en función de la ejecución del respectivo presupuesto.

Transcríbase en sendas copias auténticas a los señores Ministro del Interior y Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

Roberto Suárez Franco, Presidente de la Sala; *Javier Henao Hidrón, César Hoyos Salazar, Luis Camilo Osorio Isaza.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

CONSULTA NUMERO 734

(11 de octubre de 1995)

RESERVAS DE APROPIACION TRANSITORIA - Refrendación / REFRENDACION DE RESERVAS DE APROPIACION - Control posterior de la Contraloría.

Las reservas de apropiación al cierre de cada vigencia, mientras estas subsistan de acuerdo con la ley, no requieren refrendación por parte del Contralor General de la República. Lo anterior se entiende sin perjuicio del control fiscal posterior y selectivo que debe ejercer el Contralor General de la República conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establece ley.

Autorizada su publicación el 20 de octubre de 1995.

Santa Fe de Bogotá, D. C., once (11) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Roberto Suárez Franco.*

Radicación número 734.

Referencia: Refrendación de las reservas de apropiación transitorias por parte del Contralor General de la República.

El señor Ministro del Interior, doctor Horacio Separa Uribe, formula a la Sala la siguiente consulta:

CONSIDERACIONES DE ORDEN JURIDICO

1.1 El artículo 268, numeral 11 de la Constitución Política, al señalar las funciones del Contralor General de la República, le asigna entre otras la de presentar informes al Congreso y la de certificar sobre la situación de las finanzas del Estado, de acuerdo con la ley.

1.2 En desarrollo del mandato constitucional, la Ley 42 de 1993, contentiva de la organización del sistema de control fiscal financiero y los órganos que lo ejercen

dispone en su artículo 40, que será función del Contralor General de la República refrendar las reservas de apropiación que se constituyen al cierre de cada vigencia, y que a él debe remitir el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para los fines relacionados con la contabilidad de la ejecución del presupuesto.

1.3 A su turno el inciso 3 del artículo 62, transitorio de la Ley 179 de 1994, la cual introduce algunas modificaciones a la Ley 38 de 1989, orgánica del presupuesto, codificada en el estatuto orgánico del presupuesto (Decreto 360 de 1995), establece que en período de transición esto es, mientras se produce el desmonte de las reservas presupuestales, el valor que determine cada entidad como reserva presupuestal, podrá ser ejecutado por ella, desde el momento en que la Dirección General de Presupuesto Nacional reciba una relación de los compromisos en los cuales se base la reserva y el PAC de reservas (Programa Anual de Caja) correspondientes a cada período. Señala también el mencionado inciso 3 que el control fiscal lo hará en forma posterior la Contraloría General de la República.

2. **Objeto de la consulta**

Las normas citadas dan lugar a dos tipos de tesis que resultan siendo opuestas en supuestos y consecuencias, a saber:

2.1 La primera permitiría afirmar que se requiere la refrendación de las reservas, con fundamento en el artículo 40 de la Ley 42 de 1993, que asigna de manera expresa tal tarea a la Contraloría, y en el artículo 41, *ibidem* a cuyo tenor para el cumplimiento de lo establecido en el ordinal 11 del artículo 268 de la Constitución Política, la Contraloría de la República, deberá certificar la situación de las finanzas del Estado y rendir el respectivo informe al Congreso tomando en cuenta diversos factores, entre los cuales, necesariamente deben estar incluidos los pasivos que constituyen las reservas de apropiación.

A la luz de esta interpretación la refrendación a las reservas tendría como objetivo asegurar la legalidad de los soportes documentales de los compromisos y obligaciones, antes de incorporarlos en forma definitiva a la contabilidad de la ejecución del presupuesto, a fin de certificar su razonabilidad como parte integrante de la cuenta general del presupuesto y del tesoro y de las finanzas del Estado. Así las cosas, las reservas que se refrenden corresponderían a los valores que se incorporarán a los estados financieros de la Nación, con lo cual la refrendación se justificaría además como instrumento que permitiría evitar que se incluyan reservas sobreestimadas o ficticias.

En este mismo orden de ideas, para los partidarios de esta tesis la refrendación sería requisito para la constitución y ejecución de las reservas.

Su razón de ser atendería el propósito fundamental de sustentar con datos fidedignos la contabilidad de la ejecución del presupuesto, de conformidad con los deberes funcionales que la Constitución Política señala al Contralor General de la República.

2.2 Una segunda tesis afirmaría que por el hecho de haber sido eliminadas las reservas de apropiación, por el artículo 62 transitorio de la Ley 179 de 1994, no existe ya para el Contralor General de la República la obligación de refrendarlas.

Dentro de esta segunda posición tal refrendación constituiría un control previo e iría en contravía del mandato del constituyente de 1991 que lo eliminó.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, se consulta:

1. ¿Si las reservas de apropiación transitorias requieren la refrendación del Contralor General de la República?

2. En caso afirmativo, ¿cuál es el ámbito, significado y alcance de la función de refrendación de las reservas transitorias de apropiación, a la luz de las funciones que al Contralor General de la República compete ejercer conforme a los artículos 268 de la Constitución Política y concordantes de la Ley 42 de 1993?

I. LA SALA CONSIDERA:

1. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 268, numeral 1 de la Constitución Política entre las funciones del Contralor General de la República están la de presentar informes al Congreso y al Presidente sobre el cumplimiento de sus funciones y la de certificar "sobre la situación de las finanzas del Estado de acuerdo con la ley".

2. La Ley 42 de 1993 "sobre la organización del sistema de control fiscal financiero" y los organismos que lo ejercen, dispone en su artículo 40 que es función del Contralor General de la República "refrendar las reservas de apropiación que se constituyan al cierre de cada vigencia", una vez le sean remitidas por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para los fines relacionados con la contabilidad de la ejecución del presupuesto.

3. Posteriormente, la Ley 179 de 1994 estableció de manera perentoria que las reservas presupuestales establecidas en la Ley 38 de 1989 continuarían vigentes durante un período de cuatro años de la siguiente forma:

"Para el año de 1995 se podrán constituir reservas presupuestales hasta un 75% de las obligaciones pendientes de pago a 31 de diciembre de 1994. Para el año de 1996 hasta un 50% de las correspondientes a 1995. Para el año de 1997 hasta un 25% de las correspondientes a 1996. Los remanentes se atenderán con cargo a las apropiaciones de la vigencia fiscal siguiente para lo cual el Gobierno Nacional hará por decreto los ajustes correspondientes.

En este período de transición el monto que se determine como reserva presupuestal se constituirá por cada órgano y lo podrá ejecutar desde el momento en que la Dirección General del Presupuesto Nacional reciba una relación de los compromisos en que se basa la reserva y el PAC de reservas correspondientes a este período. El control fiscal lo hará, en forma posterior la Contraloría General de la República.

De 1998 en adelante se aplicará el sistema previsto en los artículos 38 y 39 de la reforma y quedan derogadas todas las referencias que sobre reservas presupuestales se hagan en el Estatuto Orgánico del Presupuesto".

4. Se tiene entonces que antes de la vigencia de la Ley 179 de 1994 para hacer efectivas las reservas de apropiación se requería su refrendación por el Contralor General de la República, lo cual era consecuencia del sistema de control previo acogido antes de entrar a regir la Constitución de 1991.

Acorde con el sistema de control fiscal posterior y selectivo que introdujo la Constitución de 1991, la Ley 179 de 1994 estableció en primer lugar, el desmonte gradual de las reservas de apropiación a partir de 1995 hasta derogarlas a partir del año de 1998; en segundo lugar, prescindió de la refrendación por parte de la Contraloría, reiterando que el control fiscal se haría en forma posterior.

5. La forma para apropiar las reservas presupuestales prevista en el artículo 40 de la Ley 42 de 1993 fue sustituida por la señalada en el artículo 62 de la Ley 179 de 1994 el cual no consagra el requisito de la refrendación.

Lo anterior no quiere decir que tal operación presupuestal quede sin control; por el contrario, la misma ley prescribe que éste se ejerce en forma posterior. Si no fuere así, sobre las reservas presupuestales se ejercería un doble control, el previo con la refrendación y el posterior, lo cual sería contrario con el sistema de control posterior y selectivo consagrado en la Constitución vigente.

6. En tal orden de ideas, en el artículo 62 de la Ley 179 de 1994, se contemplan tres previsiones: a) se trata de una disposición transitoria por cuanto su desarrollo se debe cumplir en el término de tres años; b) el régimen de las reservas presupuestales, en su aspecto conceptual, se mantiene tal como se hallaba previsto en la Ley 38 de 1989; y c) tal régimen, para hacerlo efectivo queda sometido a la forma establecida en los incisos 2, 3 y 4 de la misma norma.

En cuanto a lo primero, el participar de un régimen transitorio se deduce de la manera como se le califica en el texto por la misma norma así como del contenido del inciso segundo en cuanto señala un término de cuatro años, en el cual se reducirán las reservas presupuestales hasta desaparecer y teniendo para el año de 1995 hasta un 75% de las obligaciones pendientes de pago a 31 de diciembre de 1994, para el año de 1996 hasta un 50% de las correspondientes a 1995, y para el año de 1997 hasta un 25% de las correspondientes a 1996.

En relación con la segunda previsión es claro el sentido de la ley al consagrar que "El régimen de las reservas presupuestales establecido en la Ley 38 de 1989 continuará vigente".

La tercera previsión sobre la "forma" para adoptar las reservas, se consagra en el texto del inciso tercero del artículo 62 de la Ley 179 de 1994, en los siguientes términos:

a) El monto que se determina como reserva presupuestal se constituirá por cada órgano;

b) La reserva se podrá ejecutar desde el momento en que la Dirección General del Presupuesto Nacional reciba una relación de los compromisos en que se basa tal reserva y el PAC de reservas correspondientes a este servicio;

c) La Contraloría General de la República continuará ejerciendo el control fiscal pero "en forma posterior" y de consiguiente selectivo, lo cual es un desarrollo de la función constitucional prevista en el inciso segundo del artículo 267 de la Carta Política.

Por último, agrega la Sala que en la eventualidad de que se presentase oposición entre la normatividad de la Ley 42 de 1993 y la contenida en la Ley 179 de 1994, en cuanto a la forma de apropiación de las reservas presupuestales, debe optarse por lo ordenado en esta última, por dos razones:

a) La Ley 42 tiene el carácter de general en razón a que es orgánica "del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen" y específicamente el artículo 40 trata de la función de "refrendar las reservas de apropiación" que se constituyan en cada vigencia sin límite a ningún ejercicio presupuestal lo cual debía cumplirse en desarrollo de tal función. Por el contrario, el artículo 62 de la Ley 179 se refiere específicamente a las reservas presupuestales en sus tres últimos años de vigencia, motivo por el cual debe aplicarse con prelación por su carácter de especial; y

b) Por cuanto la Ley 179 de 1994 al ser posterior a la 42 de 1992, es de aplicación preferente en cuanto a las situaciones jurídicas que versen sobre materias semejantes.

LA SALA RESPONDE:

1. Las reservas de apropiación al cierre de cada vigencia, mientras estas subsistan de acuerdo con la ley, no requieren refrendación por parte del Contralor General de la República.

Lo anterior se entiende sin perjuicio del control fiscal posterior y selectivo que debe ejercer el Contralor General de la República conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establece la ley.

Transcríbase en sendas copias auténticas a los señores Ministro del Interior y Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

Roberto Suárez Franco, Presidente de la Sala; *Javier Henao Hidrón, César Hoyos Salazar, Luis Camilo Osorio Isaza.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

REFRENDACION DE RESERVA DE APROPIACION - Competencia del Contralor General (SALVAMENTO DE VOTO).

El artículo 40 de la Ley 42 de 1993 ordena al Contralor General de la República refrendar las reservas de apropiacion y seguirá teniendo aplicación este mandato hasta el año 1997 inclusive. No es válido argumentar que la refrendación equivale a doble control, pues sería tanto como afirmar que en el pasado así aconteció porque también existía control posterior el cual está previsto tanto en la Constitución Política como en la ley. Pero además la refrendación de reservas corresponde al resultado final de una ejecución fiscal que ya tuvo lugar; no puede ser, no es previo el control que determina las reservas; otra cuestión diferente es que establecida la reserva y refrendado su monto, el resultado de su ejecución sea –por vez primera– objeto de control posterior, cuestión que es redundante repetir en la ley transitoria porque así está prevista *ab nitio* desde la Constitución de 1991. Mientras existan reservas del presupuesto (previstas hasta el año de 1997, inclusive) así estas se limiten a sólo un porcentaje, y mientras de otro lado, no haya sido derogada expresa o tácitamente la función de refrendación a cargo del Contralor General, este debe cumplirla.

Autorizada su publicación el 20 de octubre de 1995.

SALVAMENTO DE VOTO

Referencia: Refrendación de las reservas de apropiación transitorias por parte del Contralor Geneal de la República, de conformidad con los artículos 268.11 de la Constitución Política, 40 de la Ley 42 de 1993 y 62 transitorio, inciso tercero, de la Ley 179 de 1994.

Me aparto del criterio mayoritario adoptado por la Sala, con fundamento en las razones que a continuación se exponen:

La Ley 179 de 1994, en el artículo 62 transitorio, elimina, previo proceso de marchitamiento, las reservas de apropiación en forma absoluta a partir de 1998, lo mismo que el efecto de las correspondientes normas del estatuto orgánico del presupuesto, según el texto del último inciso, lo cual debe entenderse, una vez desaparezcan estas reservas.

Hay un período de transición que se extiende entre la entrada en vigencia de la ley *ibidem* desde 30 de diciembre de 1994, hasta la conclusión del año de 1997, durante el cual las reservas de apropiación serán cada año menores así: para el 95 hasta un 75% de las obligaciones pendientes de pago a 31 de diciembre de 1994; el 50% para el año 96 y sólo el 25% para el 97. Sin embargo, hasta el último año mencionado habrá reservas y por lo tanto, mientras así sea, la refrendación ordenada por la Ley 42 de 1993 tendrá vigencia y deberá cumplirse, según su texto, así:

"**Art. 40.** Será función del Contralor General de la República refrendar las reservas de apropiación que se constituyan al cierre de cada vigencia y que le debe remitir el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para los fines relacionadas con la contabilidad de la ejecución del presupuesto".

Ello, desde luego, sin perjuicio del control posterior y selectivo que consagra la Constitución y reitera la Ley 42 de 1993, a cargo de la Contraloría General.

El mandato transcrito ordena al Contralor General de la República refrendar las reservas de apropiación y seguirá teniendo aplicación este mandato hasta el año 1997 inclusive.

No es válido argumentar que la refrendación equivale a doble control, pues sería tanto como afirmar que en el pasado así aconteció porque también existía control posterior el cual está previsto tanto en la Constitución Política como en la ley. Pero además la refrendación de reservas corresponde al resultado final de una ejecución fiscal que ya tuvo lugar, no puede ser, no es previo el control que determina las reservas; otra cuestión diferente es que establecida la reserva y refrendado su monto, el resultado de su ejecución sea –por vez primera– objeto de control posterior, cuestión que es redundante repetir en la ley transitoria porque así está prevista *ab initio* desde la Constitución de 1991.

Finalmente el artículo 71 de la Ley 179 de 1994 señala las disposiciones expresamente derogadas y en ningún caso menciona la Ley 42 de 1994, ni podía hacerlo tratándose de materias distintas, pues aun cuando aquella constituye el estatuto básico del presupuesto, esta es ley especial de competencias a la Contraloría General, cuando no existe alusión ninguna referida a su inaplicación, la disposición que ordena la refrendación está vigente.

En conclusión, mientras existan reservas del presupuesto (previstas hasta el año 1997, inclusive) así estas se limiten a sólo un porcentaje, y mientras de otro lado, no haya sido derogada expresa o tácitamente la función de refrendación a cargo del Contralor General, este debe cumplirla.

Esta conclusión ha debido adoptarse por la Sala al absolver la consulta formulada.

Luis Camilo Osorio Isaza.

CONSULTA NUMERO 736

(17 de octubre de 1995)

CARRERA ADMINISTRATIVA DE LAS CONTRALORIAS - Régimen Especial / CONTRALORIAS TERRITORIALES - Régimen de carrera aplicable / CONTRALORIA DE SANTA FE DE BOGOTA - Régimen aplicable de carrera.

La Ley 27 de 1992 dispone que mientras se expiden las normas sobre la administración del personal de las entidades y organismos con sistemas especiales de carrera señalados en la Constitución, que carecen de ellas, como es el caso de las contralorías departamentales, distritales y municipales, "les serán aplicables las disposiciones contenidas en la presente ley"; y si ya disponen de la regulación correspondiente a carreras especiales o sistemas específicos de administración de personal, "continuarán regiéndose por las normas vigentes para ellos consagradas en la Constitución y la ley" (*ibidem*, incisos segundo y tercero del art. 2°). Cuando la Ley 106 de 1994 dictó normas para la Contraloría General de la República y dedicó uno de sus títulos a la carrera administrativa especial de la misma, en forma alguna hizo extensiva su aplicación a las contralorías de los departamentos, distritos y municipios, ni ello podría hacerse por el intérprete mediante la utilización de la figura de la remisión que, se reitera, es exclusiva tratándose de funciones públicas. Resulta entonces aplicable con mayor claridad en las contralorías territoriales, la Ley 27 de 1992 que es el necesario punto de referencia para las entidades y organismos del Estado que con sistemas especiales de carrera, todavía carecen de la respectiva ley que regule la selección, promoción y retiro de sus funcionarios. La conclusión anterior es válida inclusive para la Contraloría de Santa Fe de Bogotá. Porque aún en el discutible supuesto de que el Decreto-ley 1421 de 1993, cuando dispone la aplicación "en el Distrito Capital y sus entidades descentralizadas" de las disposiciones de la Ley 27 de 1992, hubiera tenido la intención de excluirla –dada su condición de órgano autónomo de control fiscal– el intérprete debe remitirse a esta última ley, que cierra toda posibilidad a la tesis del vacío jurídico y permite la aplicación inmediata del mandato

constitucional de "proveer, mediante concurso público los empleos de su dependencia", frente al cual no es posible acudir a procedimientos que no sean los pertinentes a la carrera administrativa.

Autorizada su publicación el 31 de octubre de 1995.

CARRERA ADMINISTRATIVA DE LAS CONTRALORIAS - Administración y vigilancia.

Mientras la ley proceda a regular las carreras especiales y determinar su administración y vigilancia, esta última función compete al director o jefe de cada entidad y no a la Comisión Nacional de Servicio Civil o, por delegación, a la Comisión Seccional respectiva (consulta 683/95).

Autorizada su publicación el 31 de octubre de 1995.

Santa Fe de Bogotá, D. C., diecisiete (17) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Javier Henao Hidrón.*

Radicación número 736.

Referencia: Consulta sobre aplicación de la carrera administrativa por los contralores de las entidades territoriales.

El señor Ministro del Interior transcribe algunas consideraciones redactadas por el Contralor del Distrito Capital, en las cuales se concluye con la siguiente afirmación:

"Las contralorías de los departamentos, distritos y municipios se encuentran en una especie de limbo jurídico respecto de las normas de carrera administrativa, en especial la Contraloría Distrital de Santa Fe de Bogotá, por cuanto no está cobijada por el artículo 2° de la Ley 27 de 1992".

La incertidumbre planteada sirve de fundamento para la formulación de estas preguntas:

"1. Si las funciones atribuidas a los Contralores de las entidades territoriales son las del artículo 268 de la Constitución Política, en desarrollo del numeral 10 ¿podrían estos promover los empleos de su dependencia sujetándose a las disposiciones de la Ley 106 de 1994, régimen especial de carrera administrativa de la Contraloría General de la República?

2. Si desde el punto de vista jurídico no es viable a las Contralorías de las entidades territoriales aplicar las normas de carrera previstas para la Contraloría General de la República en la Ley 106 de 1994, ¿tendrán éstas que esperar a que el Congreso de la República apruebe por ley un régimen de carrera para cada una de las Contralorías

de las entidades territoriales, teniendo en cuenta las particulares características de cada una de estas en su estructura y su planta de personal?

3. ¿Es procedente que las Asambleas y los Concejos expidan los estatutos especiales de carrera administración de las Contralorías, no obstante que por mandato de la Constitución tienen un régimen especial y que son organismos independientes y autónomos de la administración que vigilan?

4. ¿Cuál es la situación de la Contraloría de Santa Fe de Bogotá, la cual es expresamente excluida del campo de aplicación de la Ley 27 de 1992 y que tampoco es una entidad de nivel central o descentralizada del Distrito Capital sino un órgano autónomo? ¿Ante el vacío de la ley el Contralor de Santa Fe de Bogotá, D. C., puede dar cumplimiento a la remisión del artículo 272 y al numeral 10 del artículo 268 de la Constitución y adoptar las normas especiales de carrera de la Ley 106 de 1994?".

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE:

1. **El sistema de carrera en la Constitución de 1991.** Un indudable avance en la organización y consolidación de un sistema que permita dignificar y tecnificar la administración del personal vinculado al servicio oficial, es el precepto de validez universal según el cual "los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera".

Establecido como regla general por el constituyente en el artículo 125, por fuera de su órbita y con carácter de excepción, admite los siguientes empleos: los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales "y los demás que determine la ley".

El precepto mencionado está provisto de un importante poder residual en cuanto serán nombrados por concurso público, además, los funcionarios "cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley".

En desarrollo de los fundamentos expresados, compete al legislador establecer los requisitos y condiciones que garanticen que solamente "los méritos y calidades de los aspirantes", determinarán el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos. Por consiguiente, la filiación política de los ciudadanos no podrá convertirse, en ningún caso, en factor determinante del nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.

Igualmente, en el artículo 130 constitucional se dispuso que la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, estaría a cargo de una Comisión Nacional del Servicio Civil. Sin embargo, la Constitución expresamente dejó por fuera del campo de competencia de esta Comisión, las **carreras especiales**, a las cuales se refirió en otras disposiciones, que corresponden a los artículos 217 (Fuerzas Militares), 218 (Policía Nacional), 253 (Fiscalía General de la Nación). 256-1 (Rama Judicial), 268-10 (Contraloría General de la República), 272 inciso sexto (Contralorías

departamentales, distritales y municipales), 279 (Procuraduría General de la Nación), listado al que es posible agregar la carrera notarial (art. 131).

II. **Desarrollo legal del régimen de carrera administrativa.** En la Constitución de 1886 correspondía al Congreso, por medio de ley, "dictar las normas correspondientes a las carreras administrativa, judicial y militar" (art. 76 numeral 10) y en la nueva Carta Política, en donde el sistema de carrera es notoriamente ampliado, así mismo es función del Congreso "expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones pública" (art. 150 numeral 23).

La carrera administrativa propiamente dicha, regulada para el personal civil de la rama ejecutiva en el orden nacional por los Decretos-leyes 2400 y 3074 de 1968, la Ley 13 de 1984 y la Ley 61 de 1987, con sus decretos reglamentarios, extendió su cobertura por disposición de la Ley 27 de 1992 que la hizo aplicable a los empleados que prestan sus servicios en los departamentos, distritos, municipios, en sus entidades descentralizadas, en las asambleas departamentales, en los concejos municipales y distritales y en las juntas administradoras locales, con las siguientes excepciones: el Distrito Capital cuyos empleados "continuarán rigiéndose por las disposiciones contenidas en el Acuerdo 12 de 1987, expedido por el Concejo Distrital de Bogotá, y todas las normas complementarias del mismo en todo aquello que esta ley no modifique o regule expresamente", y las unidades de apoyo que requieran los diputados y concejales.

La excepción relacionada con Santa Fe de Bogotá fue derogada por su estatuto especial expedido mediante el Decreto-ley 1421 de 1993, en cuyo artículo 126 se dispuso: "Son aplicables en el Distrito Capital y sus entidades descentralizadas las disposiciones de la Ley 27 de 1992 en los términos allí previsto, y sus disposiciones complementarias" (sobre este cambio de normatividad en materia de carrera administrativa se pronunció la Sala, según radicación 586/94).

A ese respecto, acota el señor Contralor Distrital que la Contraloría de Santa Fe de Bogotá fue expresamente excluida del campo de aplicación de la Ley 27 de 1992, por cuanto no es una entidad del nivel central ni descentralizado del Distrito Capital sino un órgano autónomo, de manera que se presenta un "vacío de la ley". Por ello indaga si puede dar cumplimiento a la Ley 106 de 1994, en la cual se desarrolla la Carrera Administrativa Especial de la Contraloría General de la República, teniendo en cuenta que el artículo 272 de la Constitución remite al artículo 268, *ibidem,* al disponer que los contralores de las entidades territoriales ejercerán, en el ámbito de su jurisdicción, las funciones atribuidas al Contralor General de la República en el último artículo mencionado.

III. **Criterios para la interpretación y aplicación de la carrera administrativa.** La Ley 27 de 1992, que desarrolla el artículo 125 de la Constitución Política, señala los objetivos de la carrera administrativa: garantizar la eficiencia de la administración pública, ofrecer a todos los colombianos igualdad de oportunidades para el

acceso al servicio público, la capacitación, la estabilidad en sus empleos y la posibilidad de ascenso con base en el mérito y las calidades del funcionario. Como consecuencia, ni la filiación política ni consideraciones de otra índole pueden tener influjo alguno para la permanencia y ascenso en los empleos que no sean de libre nombramiento y remoción. Es posible inferir entonces que la carrera está regida por los principios de eficiencia, igualdad, prevalencia y generalidad.

Por otra parte, y con el bien definido propósito de evitar vacíos jurídicos, la Ley 27 de 1992 dispone que mientras se expiden las normas sobre administración del personal de las entidades y organismos con **sistemas especiales de carrera** señalados en la Constitución, **que carecen de ellas** –como es el caso de las contralorías departamentales, distritales y municipales–, "les serán aplicables las disposiciones contenidas en la presente ley", y si ya disponen de la regulación correspondiente a carreras especiales o sistemas específicos de administración de personal, "continuarán rigiéndose por las normas vigentes para ellos consagradas en la Constitución y la ley" (*ibidem*, incisos segundo y tercero del art. 2º).

La Corte Constitucional se refirió el tema indicado en su sentencia C-391/95 y fue lógica en su razonamiento cuando expresó: "...el legislador, al expedir la Ley 27 de 1992 previendo la aplicabilidad general de sus normas en tanto se expidan las normas especiales, no ha invadido la esfera de competencias de otra rama del poder público, ni ha contrariado los principios esenciales de la Constitución en materia de carrera. Tan solo ha previsto de modo transitorio el ordenamiento jurídico que debe observarse en las citadas dependencias estatales, sobre la base de que, a medida que se vayan dictando los reglamentos especiales, estos sustituirán la normatividad general para las entidades y los empleos respectivos". E insistiendo en su tesis central, aquella corporación fue más explícita aun: "... si el Congreso se abstiene indefinidamente de expedir los estatutos especiales que prevé la Carta, haciendo también indefinido la aplicación de las indicadas normas generales, excediendo los términos razonables para ejercer su competencia, incurrirá en una conducta violatoria de la Carta Política, pero la violación consistiría precisamente en una conducta omisiva y no tendría por qué afectar la constitucionalidad de las disposiciones dictadas a título precario. Acceder a la inexequibilidad planteada significaría dejar sin régimen jurídico la administración de personal de carrera en buena parte de los órganos y entidades que deben tenerlo, según mandato del artículo 125 de la Carta..."

IV. **La carrera administrativa en las contralorías.** El punto de partida es la siguiente norma constitucional:

"ARTICULO 268. El Contralor General de la República tendrá las siguientes atribuciones:

(...)

10. Proveer, mediante concurso público los empleos de su dependencia que haya creado la ley. Esta determinará un régimen especial de carrera administrativa

CONSEJO DE ESTADO
BIBLIOTECA

para la selección, promoción y retiro de los funcionarios de la Contraloría. Se prohíbe a quienes formen parte de las corporaciones que intervienen en la postulación y elección del Contralor, dar recomendaciones personales y políticas para empleos en su despacho".

Para el efecto indicado, la Ley 106 de 1994, artículos 114 a 150, desarrolló la Carrera Administrativa Especial dispuesta por el estatuto superior para la Contraloría General de la República.

Por su parte, el artículo 272 de la Constitución, en su inciso sexto, trae el siguiente precepto:

"Los contralores departamentales, distritales y municipales ejercerán, en el ámbito de su jurisdicción, las funciones atribuidas al Contralor General de la República en el artículo 268 y podrán, según lo autorice la ley, contratar con empresas privadas colombianas el ejercicio de la vigilancia fiscal".

La sinonimia es estrictamente respecto de las atribuciones: las asignadas al Contralor General de la República en el artículo 268 son ejercidas, en el ámbito de su jurisdicción, por los controles de las entidades territoriales. De allí que no pueda hacerse extensiva la igualdad a otros aspectos, como es la regulación por ley de la carrera administrativa.

La remisión es correcta, en tratándose del numeral 10, sólo en lo atinente a la siguiente expresión: "Proveer, mediante concurso público los empleos de su dependencia que haya creado la ley", o en su caso, las asambleas o los concejos. Aunque consecuencia de este precepto, la frase que se contiene a renglón seguido y que dice: "Esta (la ley) determinará un régimen especial de carrera administrativa para la selección, promoción y retiro de los funcionarios de la Contraloría", ya no admite punto de equivalencia, porque la función es exclusiva de la ley y por tanto no puede ser asumida mediante la expedición de ordenanzas o acuerdos.

Por eso, cuando la Ley 106 de 1994 dictó normas para la Contraloría General de la República y dedicó uno de sus títulos a la carrera administrativa especial de la misma en forma alguna hizo extensiva su aplicación a las contralorías de los departamentos, distritos y municipios, ni ello podría hacerse por el intérprete mediante la utilización de la figura de la remisión que, se reitera, es exclusiva en tratándose de funciones públicas.

Resulta entonces aplicable con mayor claridad en las contralorías territoriales, la Ley 27 de 1992 que, como se dejó expresado, es el necesario punto de referencia para las entidades y organismos del Estado que con sistemas especiales de carrera, todavía carecen de la respectiva ley que regule la selección, promoción y retiro de sus funcionarios.

La conclusión anterior es válida inclusive para la Contraloría de Santa Fe de Bogotá. Porque aun en el discutible supuesto de que el Decreto-ley 1421 de 1993,

CONSEJO DE ESTADO
BIBLIOTECA

cuando dispone la aplicación "en el Distrito Capital y sus entidades descentralizadas" de las disposiciones de la Ley 27 de 1992, hubiera tenido la intención de excluirla –dada su condición de órgano autónomo de control fiscal– el intérprete debe remitirse a esta última ley, que cierra toda posibilidad a la tesis del vacío jurídico y permite la aplicación inmediata del mandato constitucional de "proveer, mediante concurso público los empleos de su dependencia", frente al cual no es posible acudir a procedimientos que no sean los pertinentes a la carrera administrativa.

Finalmente, conviene advertir que mientras la ley procede a regular las carreras especiales y determinar su administración y vigilancia, esta ultima función compete al director o jefe de cada entidad y no a la Comisión Nacional de Servicio Civil o, por delegación, a la Comisión Seccional respectiva (consulta 683/95).

En mérito de lo expuesto, la Sala responde:

1. Los contralores de las entidades territoriales no están autorizados para promover los empleos de su dependencia, es decir, para ascender al personal escalafonado a los empleos vacantes de la categoría inmediatamente superior, con sujeción a las disposiciones de la Ley 106 de 1994, por cuanto estas contienen el régimen especial de carrera administrativa aplicable con exclusividad a la Contraloría General de la República.

2. Los contralores departamentales, distritales y municipales, pueden acoger el régimen de carrera administrativa con sujeción a la Ley 27 de 1992 y sus disposiciones complementarias, sin necesidad de esperar a que el Congreso de la República apruebe por ley un régimen especial de carrera para las contralorías territoriales.

3. La expedición de los estatutos especiales de carrera administrativa, es función constitucional del Congreso de la República, que ejerce por medio de leyes. En ningún caso esta competencia pueden asumirla las asambleas o los concejos.

4. La Contraloría de Santa Fe de Bogotá también puede adoptar las normas de carrera administrativa contenidas en la Ley 27 de 1992 y sus disposiciones complementarias.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a los señores Ministro del Interior y Secretario Jurídico de la Presidencia de la República (C.C.A., art. 112).

Roberto Suárez Franco, Presidente de la Sala; *Javier Henao Hidrón, César Hoyos Salazar, Luis Camilo Osorio Isaza.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

CONSULTA NUMERO 742

(1° de noviembre de 1995)

BANCO MUNDIAL - Creación / FONDO MONETARIO INTERNACIONAL - Naturaleza.

El nombre del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, y la sigla BIRF, la creación del Banco Mundial fue dispuesta por la conferencia monetaria y financiera celebrada en Bretton Woods, USA, en julio de 1944. Dos años después inició operaciones con el objeto de contribuir a la rehabilitación de la economía de los países afectados por la guerra y al estímulo y fomento de sus medios y fuentes de producción. Los países fundadores –que eran miembros del Fondo Monetario Internacional– suscribieron acciones del Banco en proporción a su calidad económica siendo Estados Unidos, Reino Unido, Unión Soviética, China, Francia, India y Canadá, los principales accionistas. Inicialmente, el capital autorizado fue de diez mil millones de dólares. Por eso es considerado como una entidad financiera internacional de crédito público. El Congreso de la República, mediante la Ley 786 de 1946, autorizó "la adhesión de Colombia al Convenio Internacional que crea el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento..." y dispuso que el FMI y BIRF "gozarán en Colombia de status, inmunidades y privilegios previstos en los acuerdos internacionales que le dieron origen".

DERECHO COMUNITARIO - Territoriedad de la ley / SUPRANACIONALIDAD - Definición.

La supranacionalidad. Este moderno fenómeno jurídico, representativo de la primacía del derecho comunitario sobre el derecho interno de los Estados Miembros, ha sido definido como la "aptitud o competencia de un órgano internacional o comunitario para tomar decisiones *erga omnes* que afecten relaciones exteriores o asuntos internos del Estado" (Instituto Interamericano de Estudios Jurídicos Internacionales) o también como "la competencia de un órgano internacional o comunitario para tomar decisiones directa o indirectamente obligatorias en el territorio

de los Estados Miembros, sin la necesidad de una incorporación en el ordenamiento jurídico nacional".

Autorizada su publicación con oficio de 7 de noviembre de 1995.

LEY DE CONTRATACION - Operación de crédito.

En cumplimiento del artículo 150 *in fine*, el Congreso dictó la Ley 80 de 1993, que contiene el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, respecto de operaciones de crédito, este género de la Hacienda Pública es definido como el que tiene por objeto "dotar a la entidad de recursos con plazo para su pago", de donde la contratación de empréstitos resulta ser una de las especies, conjuntamente con la emisión, suscripción y colocación de bonos y títulos valores, los créditos de proveedores y el otorgamiento de garantías para las obligaciones de pago a cargo de las entidades estatales (art. 41, parágrafo 2º, inciso primero).

Autorizada su publicación con oficio de 7 de noviembre de 1995.

LEY DE CONTRATACION - Ley del contrato / CONTRATOS CELEBRADOS EN EL EXTERIOR - Régimen aplicable / CONTRATOS CELEBRADOS EN COLOMBIA Y EJECUTADOS EN EL EXTERIOR - Régimen aplicable.

La ley de contratación determina: que los contratos celebrados en el exterior se podrán regir en su ejecución por las reglas del pais en donde se haya suscrito, a menos que deban cumplirse en Colombia (art. 13, inciso segundo); que los contratos que se celebren en Colombia y deben de ejecutarse o cumplirse en el extranjero, podrán someterse a la ley extranjera (art. 13, inciso tercero); y que las operaciones de crédito que se celebren para ser ejecutadas en el exterior, se someterán a la jurisdicción que se pacte en los contratos (art. 41, parágrafo 2º, inciso final).

Autorizada su publicación con oficio de 7 de noviembre de 1995.

EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PUBLICOS - Contrato de empréstito / CONTRATO DE EMPRESTITO - Reglamentación.

Las entidades estatales en general, y entre ellas las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, al suscribir un contrato de empréstitos con organismos multilaterales de crédito, están autorizadas en la ley para incluir el reglamento de dichos organismos y, consecuentemente, para obligarse a adoptarlos como reglamento de contratación, siempre que no sean contrarios a los preceptos constitucionales o aquellos de rango legal no comprendidos en el ámbito en el cual la ley les permite actuar,

que es el conformado por los procedimientos de formación y adjudicación de las cláusulas especiales de ejecución, cumplimiento, pago y ajustes.

CONTRATACION ESTATAL - Principio de transparencia y publicidad.

El principio de transparencia y las reglas de publicidad, forman parte del proceso de contratación estatal y no pueden verse afectados por la circunstancia de que la entidad prestataria, por mandato legal, esté expresamente regulada en materia contractual por el derecho privado. En tratándose de contratación estatal, el derecho privado está siempre sometido a las materias particularmente reguladas por el derecho público. Sin embargo, la propia ley podrá autorizar otras modalidades para el cumplimiento de los principios y postulados que rigen la contratación estatal. Respecto del concepto de confidencial, tiene derecho esta Sala que su importancia se circunscribe al medio privado y depende de la voluntad de las personas; por lo mismo, no puede alegarse como derecho o privilegio, sino solo cuando la Constitución o la ley otorga el documento carácter de reservado, caso en el cual debe observarse en secreto.

Autorizada su publicación con oficio de 7 de noviembre de 1995.

Santa Fe de Bogotá, D. C., primero (1°) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Javier Henao Hidrón.*

Radicación número 742.

Referencia: Contratos de empréstito externo.

La negociación de un empréstito externo con el Banco Mundial por parte de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Santa Fe de Bogotá, EAAB, cuyos recursos se utilizarían en la ejecución del proyecto denominado "Santa Fe I", ha generado algunas dudas, especialmente en torno a la posibilidad de contradicción entre el principio de confiabilidad, que según el reglamento del Banco Mundial debe aceptar el prestatario, y principios como los de transparencia y publicidad que conforme a la ley colombiana rigen las actuaciones de las entidades públicas en materia de contratación.

Por eso el señor Ministro del Interior, por solicitud del alcalde mayor del distrito Capital, formula a la Sala la siguiente consulta:

"1. Una entidad estatal, prestadora de servicios públicos domiciliarios en los términos de lo dispuesto por la Ley 142 de 1994, ¿puede al suscribir un contrato de empréstito con un organismo multilateral de crédito, aceptar y consecuentemente obligarse a adoptar como reglamento de contratación el de dicho organismo?

2. El hecho de que en el reglamento de contratación del organismo multilateral existan disposiciones, según las cuales: a) las ofertas presentadas dentro de un

proceso contractual de licitación o concurso, no pueden ser objeto de publicidad hasta tanto no (sic) exista una decisión de adjudicación y siempre y cuando se cuente con la aprobación previa y expresa del propio proponente o b) la circunstancia de que los estudios y evaluaciones que se produzcan en el proceso de selección, igualmente sólo pueden hacerse públicos una vez exista decisión de adjudicación. ¿Contraría principios fundamentales de la contratación estatal colombiana que no serían renunciables, a pesar del mandato del artículo 13 de la Ley 80 de 1993?

3. ¿Se podría pensar que en este caso lo que ocurre es que en virtud del reglamento de contratación del organismo multilateral de crédito, se posterga la oportunidad que tienen los proponentes y terceros para conocer las propuestas presentadas y los documentos de evaluación, pero en ningún caso, se está prohibiendo dicho acceso?

4. ¿El hecho de que Colombia haga parte integrante del BANCO MUNDIAL y que como tal en su momento protocolizó su correspondiente adhesión, podría tener como consecuencia que en relación con la normatividad que en materia de financiación adopta el citado Organismo Multilateral, se genera una obligación del país a respetar dichas estipulaciones, ya que ellas adquieren por razón de su origen una SUPRANACIONALIDAD que subordinan la legislación interna?

5. ¿Se afecta de alguna manera el alcance de las disposiciones legales colombianas sobre publicidad y transparencia, por el hecho de que la entidad prestataria, por mandato legal, esté expresamente regulada en materia contractual por el derecho privado?"

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE:

1. **El Banco Mundial.** Con el nombre de Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, y la sigla BIRF, la creación del Banco Mundial fue dispuesta por la Conferencia Monetaria y Financiera celebrada en Bretton Woods, USA, en julio de 1944. Dos años después inició operaciones con el objeto de contribuir a la rehabilitación de la economía de los países afectados por la guerra y al estímulo y fomento de sus medios y fuentes de producción.

Los países fundadores –que eran miembros del Fondo Monetario Internacional– suscribieron acciones del Banco en proporción a su capacidad económica, siendo Estados Unidos, Reino Unido, Unión Soviética, China, Francia, India, y Canadá, los principales accionistas. Inicialmente, el capital autorizado fue de diez mil millones de dólares.

Por eso es considerado como una entidad financiera internacional de crédito público.

El Congreso de la República, mediante la Ley 76 de 1946, autorizó "la adhesión de Colombia al Convenio Internacional que crea el Banco Internacional de Recons-

trucción y Fomento..." y dispuso que el FMI y el BIRF "gozarán en Colombia del status, inmunidades y privilegios previstos en los Acuerdos Internacionales que le dieron origen".

El "status, inmunidades y privilegios" del Banco están previstos en el artículo 7° y buscan facilitar el desempeño de las funciones que le han sido encomendadas. El status, derivado de su personalidad jurídica plena, le permite contratar, adquirir y enajenar bienes, y entablar acciones judiciales. La inmunidad, comprende: sus bienes, para que no sean requeridos, embargados, confiscados o expropiados mediante acción ejecutiva o legislativa; sus archivos, para que sean inviolables; el activo, para que esté libre de restricciones, y la exención del pago de toda clase de impuestos y derechos de aduana. Mientras que los privilegios se refieren al tratamiento que debe otorgarse a los funcionarios y empleados, así como a las comunicaciones oficiales del Banco.

II. **Reglamento de préstamos.** Han sido principios primordiales que rigen las operaciones de crédito del Banco Mundial, los siguientes:

a) Que el prestatario tenga la capacidad de reembolsar el préstamo; b) que el proyecto que se financie esté bien estudiado y que funcionará eficientemente; c) que el proyecto haya de producir beneficios para la economía que justifiquen la inversión exigida[1].

En desarrollo del principio enunciado en la letra b), el Banco dispone de un reglamento, de conformidad con el cual los encargados de la ejecución de un proyecto financiado en su totalidad o en parte con sus recursos, deben seguir ciertas reglas "para la adquisición de los bienes y la contratación de las obras". El consultante menciona las siguientes:

"Aplicabilidad de las Normas

1.5 El Banco financia ordinariamente sólo parte de los costos de un proyecto. Los procedimientos descritos en estas normas se aplican a toda adquisición de bienes y a toda contratación de obras financiadas total o parcialmente con los fondos del préstamo..."

"Adquisiciones viciadas

1.13 El Banco no financia gastos por concepto de bienes y obras cuya adquisición o contratación no se haya hecho de conformidad con los procedimientos establecidos en el Convenio de Préstamo y es política del Banco cancelar la porción del préstamo asignada a bienes y obras que se hayan adquirido o contratado sin observar dichos procedimientos..."

"Confidencialidad

2.46 No deberá darse a conocer información alguna acerca del análisis, aclaración y evaluación de las ofertas, ni sobre las recomendaciones relativas a la adjudica-

ción, después de la apertura en público de las ofertas, a los licitantes ni a personas no interesadas oficialmente en estos procedimientos, hasta que se haya notificado la adjudicación del contrato al licitante ganador".

"Confidencialidad

10. Como se indica en el párrafo 2.46, el proceso de evaluación de las ofertas será confidencial hasta que la adjudicación haya sido notificada al licitante ganador. Esto es indispensable para evitar interferencias, reales o previsibles, con las personas encargadas tanto por el Prestatario como por el Banco. Si en esta etapa un licitante desea presentar información adicional al Prestatario, al Banco o a ambos, deberá hacerlo por escrito".

Las anteriores disposiciones –agrega el consultante– se entienden de obligatorio cumplimiento para las entidades estatales colombianas, que en su condición de prestatarias de empréstitos otorgados por el citado Banco, convoquen licitaciones o concursos para contratar bienes o servicios.

III. **La Supranacionalidad.** Este moderno fenómeno jurídico, representativo de la primacía del derecho comunitario sobre el derecho interno de los Estados miembros, ha sido definido como la "aptitud o competencia de un órgano internacional o comunitario para tomar decisiones *erga omnes* que afecten relaciones exteriores o asuntos internos del Estado" (Instituto Interamericano de Estudios Jurídicos Internacionales) o también como "la competencia de un órgano internacional o comunitario para tomar decisiones directa o indirectamente obligatorias en el territorio de los Estados miembros, **sin la necesidad de una incorporación en el ordenamiento jurídico nacional"** (José Joaquín Caicedo).

En Colombia, la reforma constitucional del año de 1968, por primera vez incorporó al estatuto fundamental del Estado una norma relacionada con el fenómeno en referencia, cuando dispuso:

"Por medio de tratados o convenios aprobados por el Congreso podrá el Estado obligarse para que, sobre bases de igualdad y reciprocidad, sean creadas **instituciones supranacionales** que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros Estados" (inciso segundo del numeral 18 del art. 76. Subraya la Sala).

Con mayor amplitud, la Constitución Política de 1991 preceptuó sobre el mismo tema:

> "Artículo 227. El Estado promoverá la integración económica, social y política con las demás naciones y, especialmente, con los países de América Latina y del Caribe mediante la celebración de tratados que sobre bases de equidad, igualdad y reciprocidad, creen **organismos supranacionales**, inclusive para conformar una comunidad latinoamericana de naciones..." (destaca la Sala).

IV. **Contrato de empréstito.** En la legislación colombiana, el contrato de empréstito tiene una regulación jurídica especial, sobre todo en tratándose de aquellos que celebran las entidades estatales con personas públicas internacionales o con organismos multilaterales de crédito.

El anterior estatuto de contratación de la Nación y sus entidades descentralizadas, o Decreto-ley 222 de 1983, que clasificaba los contratos en administrativos y de derecho privado de la administración, incluía el de empréstito entre los primeros (art. 16-7), admitiendo dos clases: los empréstitos internos, que son los pactados en moneda nacional o extranjera que se paguen en pesos colombianos y bajo ninguna circunstancia afecten en forma directa la balanza de pagos de la Nación colombiana por aumento de los pasivos en el exterior, y los empréstitos externos, todos los demás. En cuanto a la ley y la jurisdicción aplicable en los contratos de empréstito, distinguía entre su celebración y su ejecución, así: sujetaba a la ley colombiana y a la jurisdicción de los jueces y tribunales colombianos la celebración de dichos contratos, lo mismo que aquellos que celebrados en el exterior deban ejecutarse en el país, pero respecto de **la ejecución** de los contratos de empréstito **que deba verificarse en el exterior**, prescribía que podrá someterse, en cuanto a ley y jurisdicción, a lo que en ellos se pacte (*ibidem,* art. 239). Lo cual significaba que mientras en la primera parte, que es la regla general, se aplicaba estrictamente el principio de territorialidad de la ley, en la segunda parte, relacionada con la etapa de ejecución, se admitía la extraterritorialidad y el sometimiento a la ley del lugar.

La Corte Suprema de Justicia al declarar exequible la citada disposición, mediante sentencia de 30 de octubre de 1986, consideró que el legislador se había limitado a incorporar principios del derecho internacional privado, conforme a los cuales los contratos celebrados entre personas de distintos Estados deben regirse por la ley imperante en el lugar de su cumplimiento (*"Lex loci executionis"*) y los conflictos jurídicos que surjan habrán de resolverse por los jueces del lugar (*"lex fori"*); así, un pacto válidamente celebrado cuyos efectos se producirán fuera del ámbito de competencia de los poderes públicos colombianos no tiene razón para sujetarse a ellos. Sin embargo, la corte circunscribe la ejecución "al cumplimiento de las obligaciones contraídas, que en el caso del préstamo consisten en el pago de la deuda y de los intereses en la forma y tiempo convenidos", siguiendo en este punto la línea de pensamiento expuesta por uno de los impugnadores de la demanda, para quien en los contratos de empréstito con entidades financieras del exterior la ejecución se verifica generalmente en el exterior", "ya que es allí en donde deben satisfacerse las obligaciones esenciales de las partes, esto es, el desembolso del capital por una parte y el pago de intereses y abono de capital por la otra".

Con todo, en ocasiones el proceso de ejecución del contrato de empréstito se extiende a la inversión de los dineros recibidos en préstamo y, en consecuencia, a los contratos que para tal efecto se celebren por el prestatario, los que resultan condicionados por el prestamista. Es entonces cuando las reglas impuestas por este último pueden resultar lesivas del ordenamiento jurídico nacional.

Con motivo de la nueva Constitución promulgada el 7 de julio de 1991, el constituyente autorizó al Congreso de la República para que, por medio de ley, expidiera el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional (art. 150, *in fine*). En cumplimiento de este precepto, el Congreso dictó la Ley 80 de 1993, que contiene el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Respecto de operaciones de crédito, este género de la hacienda pública es definido como el que tiene por objeto "dotar a la entidad de recursos con plazo para su pago", de donde la contratación de empréstitos resulta ser una de sus especies, conjuntamente con la emisión, suscripción y colocación de bonos y títulos valores, los créditos de proveedores y el otorgamiento de garantías para las obligaciones de pago a cargo de las entidades estatales (art. 41, parágrafo 2°, inciso primero).

El nuevo estatuto, sin apartarse en estos aspectos del pensamiento expuesto por su similar anterior, determina: que los contratos celebrados en el exterior se podrán regir en su ejecución por las reglas del país en donde se hayan suscrito, a menos que deban cumplirse en Colombia (art. 13, inciso segundo); que los contratos que se celebren en Colombia y deban ejecutarse o cumplirse en el extranjero, podrán someterse a la ley extranjera (art. 13, inciso tercero); y que las operaciones de crédito que se celebren para ser ejecutadas en el exterior, se someterán a la jurisdicción que se pacte en los contratos (art. 41, parágrafo 2°, inciso final).

Expresamente, prohíbe "cualquier estipulación que obligue a la entidad estatal prestataria a adoptar medidas en materia de precios, tarifas y en general, el compromiso de asumir decisiones o actuaciones sobre asuntos de su exclusiva competencia, en virtud de su carácter público...", salvo lo que determine el Consejo de Ministros (art. 41, parágrafo 2°, penúltimo inciso).

Por lo demás, regula el empréstito como un contrato directo, que no exige la escogencia del contratista a través de licitación o concurso públicos (art. 24, numeral 1°, letra b), ni su publicación en el "Diario Oficial" (art. 41, parágrafo 3°) y dispone que en ellos se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales al derecho común (art. 14, parágrafo).

Sin embargo, es menester hacer énfasis en que una de las principales fuentes de inspiración del nuevo estatuto contractual fue el programa de los gobiernos latinoamericanos –y por supuesto del colombiano– conocido con el nombre de apertura económica e internacionalización de la economía, a la necesidad de impulsarlo y de estar a tono con sus características, objetivos y proyecciones, obedeció en buena parte su expedición. A este respecto, son relevantes disposiciones tales como las referentes a la capacidad para contratar (art. 6°), a los consorcios y uniones temporales (art. 7°), al principio de reciprocidad (art. 20), a la garantía de la participación de los oferentes de bienes y servicios de origen nacional, solamente en condiciones competitivas de calidad, oportunidad y precio (art. 21) y la normatividad aplicable a los contratos estatales (arts. 13 y 40).

De allí que ciertos contratos, íntimamente vinculados al proceso de apertura e internacionalización de la economía, como los financiados con fondos de los organis-

mos multilaterales de crédito –tal es el caso de la consulta– dispongan de una regulación específica, que les permite someterse a los **reglamentos** de tales entidades para los efectos siguientes: procedimientos de formación, procedimientos de adjudicación, y cláusulas especiales de ejecución, cumplimiento, pago y ajustes. Un régimen jurídico similar se aplica a los contratos celebrados con personas extranjeras de derecho público u organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacionales. En tal sentido, es elocuente el precepto contenido en el inciso final del artículo 13 y en el inciso final del artículo 40 de la Ley 80 de 1993; como lo es también el Decreto reglamentario 2681 de 1993, en sus artículos 34 y 39. Este último reitera el precepto comentado de la Ley 80 y agrega: "Los reglamentos de los organismos multilaterales incluyen las leyes de adhesión del país a los tratados o convenios respectivos, los acuerdos constitutivos, los normativos y las disposiciones generales que hayan adoptado dichos organismos para regir los contratos de empréstito que se celebren con las mismas". Explicación que sería particularmente válida en relación con un organismo multilateral de crédito que, como el Banco Mundial, fue constituido con la participación de Colombia.

De manera que, a diferencia de los demás contratos estatales que se rigen por la Ley 80 de 1993 y por las disposiciones civiles y comerciales pertinentes, los mencionados en el párrafo anterior están regulados, al menos parcialmente, "por reglamentos de entidades de derecho público internacional". Aun así, se sustentan en la voluntad expresada por el legislador colombiano cuando, por iniciativa del Gobierno Nacional, expidió un estatuto de contratación fundamentado en principios ideológicos del neoliberalismo.

Los reglamentos, sin embargo, no pueden ser arbitrarios. El artículo 34 del Decreto 2681 de 1993, al reglamentar los contratos de empréstito con organismos multilaterales, dispone que en ellos se podrán incluir las previsiones y particularidades "que no sean contrarias a la Constitución Política o a la ley" y, a manera de ejemplo, menciona la auditoría para la financiación de proyectos, la presentación de reportes o informes de ejecución, la apertura de cuentas para el manejo de los recursos de crédito, y en general, las propias de la debida ejecución de dichos proyectos; podría creerse que aquí termina la enumeración, pero el decreto crea todavía un espectro más amplio y como para no dejar dudas acerca de sus intenciones, en otro inciso agrega: "las referentes a la selección, adquisición y contratación de bienes o servicios para la ejecución del respectivo proyecto".

Las limitaciones impuestas en el Acuerdo sobre creación del BIRF sirven, también, para delimitar el marco de acción del reglamento en referencia. El Banco, en efecto, no podrá imponer condición alguna que obligue a invertir el producto de un préstamo en los territorios de uno o más países participantes (art. 3, sección 5), ni permitir que la clase de gobierno del país participante interesado sea factor que influya en sus decisiones (art. 4°, sección 10). Como consecuencia, sólo consideraciones de carácter económico serán pertinentes, las que deberán analizarse con imparcialidad y en procura de dar cumplimiento a los fines asignados en el artículo 1°.

Puede concluirse entonces que las previsiones y particularidades así como los asuntos relativos a la ejecución del respectivo proyecto, que contienen los reglamentos de los organismos multilaterales de crédito y que estos hacen incluir en los contratos que celebran con entidades públicas para el financiamiento de obras o servicios, son procedentes en el sistema contractual colombiano. Salvo que con ellas se transgreda el orden constitucional, o los mandatos legales en materias no deferidas expresamente al reglamento de los organismos multilaterales de crédito o de las entidades extranjeras de derecho público, este sería el caso de la norma legal –ya transcrita– que prohíbe cualquier estipulación que obligue a la entidad estatal prestataria a adoptar medidas en materia de precios, tarifas y en general, el compromiso de asumir decisiones o actuaciones sobre asuntos de su exclusiva competencia.

Respecto del concepto de confidencial, tiene dicho esta Sala que su importancia se circunscribe al medio privado y depende de la voluntad de las personas; por lo mismo, no puede alegarse como derecho o privilegio, sino sólo cuando la Constitución o la ley otorga al documento carácter de reservado, caso en el cual debe conservarse en secreto, fuera de la publicidad, es decir, de exclusivo conocimiento de los directos interesados y excepcionalmente del Estado (Rad. 558/93). Reitérase que en tratándose de aspectos relacionados con procedimientos de formación y adjudicación, así como con las cláusulas especiales de ejecución, relativos a los contratos financiados con fondos de organismos multilaterales de crédito, estas entidades podrán incluir en ellos sus respectivos reglamentos.

Con fundamento en la consideraciones expuestas,

LA SALA RESPONDE:

1. Las entidades estatales en general, y entre ellas las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, al suscribir un contrato de empréstito con organismos multilaterales de crédito, están autorizadas por la ley para incluir el reglamento de dichos organismos y, consecuentemente, para obligarse a adoptarlos como reglamento de contratación, siempre que no sean contrarios a los preceptos constitucionales o aquellos de rango legal no comprendidos en el ámbito en el cual la ley les permite actuar, que es el conformado por los procedimientos de formación y adjudicación y las cláusulas especiales de ejecución, cumplimiento, pago y ajustes.

2. Disposiciones del reglamento de contratación del organismo multilateral de crédito que contengan un régimen distinto acerca de la publicidad de las ofertas presentadas dentro de un proceso contractual que se financia con sus recursos, o que condicionen la publicidad de los estudios y evaluaciones a la existencia del acto de adjudicación, tienen fundamento en los artículos 13 y 40 de la Ley 80 de 1993 y en los artículos 34 y 39 del Decreto 2681 de 1993.

3. En los casos propuestos en el párrafo precedente, no existe prohibición para el acceso a la información, sino que por obra del reglamento de contratación del organis-

mo multilateral de crédito, se sustituyen los procedimientos ordinarios previstos en la ley colombiana, con el fin de adaptarlos a las especiales características de los contratos con los cuales se financian los proyectos.

4. Colombia es país participante del Acuerdo Internacional que dio origen al Banco Mundial, organismo multilateral de crédito de carácter supranacional. Por tanto, sus estipulaciones obligan al país siempre que no sean contrarias a la Carta Política.

La obligatoriedad de sus reglamentos en materia de contratación, tiene fundamento en el derecho interno en los artículos 13 y 40 de la Ley 80 de 1993.

5. El principio de transparencia y las reglas de publicidad, forman parte del proceso de contratación estatal y no pueden verse afectados por la circunstancia de que la entidad prestataria, por mandato legal, esté expresamente regulada en materia contractual por el derecho privado. En tratándose de contratación estatal, el derecho privado está siempre sometido a las materias particularmente reguladas por el derecho público. Sin embargo, la propia ley podrá autorizar otras modalidades para el cumplimiento de los principios y postulados que rigen la contratación estatal.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a los señores Ministro del Interior y Secretario Jurídico de la Presidencia de la República (C.C.A., art. 112).

Luis Camilo Osorio Isaza, Presidente de la Sala; *Javier Henao Hidrón, César Hoyos Salazar, Roberto Suárez Franco* (ausente con excusa).

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

NOTA DE RELATORIA: El concepto menciona la sentencia de 30 de octubre de 1983 de la Corte Suprema de Justicia relacionada con los principios de *Lex Loci Excecutionis y Lex Fori.*

NOTA DE RELATORIA: Reitera el concepto 558 de 1993, sobre reserva documental.

---

[1] "Aspectos generales de las corporaciones financieras", Rivera Alex y Vergara Alfonso, tesis de grado (U. Javeriana), Bogotá, 1980, p. 96.

CONSULTA NUMERO 744

(9 de noviembre de 1995)

MINISTERIO DE GOBIERNO - Conversión / CONVERSION DEL MINISTERIO DE GOBIERNO EN MINISTERIO DEL INTERIOR - Régimen laboral aplicable.

La indemnización o bonificación consagradas en el artículo 11 de la Ley 199 de 1995, se dirigen, la primera a resarcir a los empleados vinculados a la carrera administrativa en forma permanente o en período de prueba y la segunda a compensar a los empleados, que fuera de los casos anteriores, hubieren sido nombrados provisionalmente para desempeñar cargos de carrera administrativa. Las alternativas contempladas en la Ley 27 de 1992, su decreto reglamentario, y la Ley 199 de 1995 se refieren exclusivamente a empleados de carrera administrativa; para los de libre nombramiento y remoción no se previó regulación ninguna porque se entiende que el nominador en ejercicio de su función de discrecionalidad podrá dar por terminada unilateralmente la vinculación o sustituirla por otra en la nueva entidad creada.

AUTORIZADA LA PUBLICACION: Con oficio número 604 de 4 de diciembre de 1995.

MINISTERIO DEL INTERIOR - Organización / INDEMNIZACION POR RETIRO DEL SERVICIO - Liquidación

Lo que quiso sin duda el legislador en la Ley 159 de 1995 fue repetir el mecanismo utilizado en el Código Sustantivo del Trabajo para indemnizar al trabajador, cuando se presenta la terminación unilateral del contrato sin justa causa, y en ese sistema, la indemnización equivale a 45 días de salario por el primer año; a ellos se suman los días adicionales reconocidos en la ley por cada año posterior, sin generar acumulación repetida de 45 días (que únicamente corresponden al primer año) en la liquidación de cada año subsiguiente. En ambos casos se señala una suma mayor para el primer año y otras menores (aun cuando progresivas) por los años subsiguientes. Aplicando esta situación a los términos del ar-

tículo 11 de la Ley 199 de 1995, se desprende para el caso del empleado cuando ha trabajado más de un año continuo y menos de cinco, que se debe reconocer cuarenta y cinco (45) días de salario por el primer año y quince días adicionales por cada año subsiguiente, lo cual da como resultado 45 días por el primero y suma adicional correspondiente a 15 días multiplicada por los años restantes a liquidar. En consecuencia no es sobre los cuarenta y cinco días iniciales después del primer año que deba observarse "una base", sino que estos 45 días son el monto total del año uno y lo indicado para los subsiguientes es neto, sin sumarlo al factor del primero.

AUTORIZADA LA PUBLICACION: con oficio número 604 de 4 de diciembre de 1995.

Santa Fe de Bogotá, D. C., noviembre nueve (9) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Luis Camilo Osorio Isaza.*

Radicación número 744.

Referencia: "Disposiciones laborales transitorias, indemnizaciones y bonificaciones" de la Ley 199 de 1995.

El señor Ministro del Interior ha formulado a la Sala consulta sobre el régimen aplicable a los empleados públicos que sean desvinculados como consecuencia de la conversión del Ministerio de Gobierno en Ministerio del Interior, dispuesta por la Ley 199 de 1995, cita además el artículo 53 de la C.P. y plantea dos cuestiones en particular así:

1. "... si se suprime un cargo del Ministerio de Gobierno, que tiene un determinado nivel, grado y remuneración, con funciones generales fijadas por la ley y funciones particulares establecidas en el manual de funciones, y el empleado que ocupaba ese cargo es nombrado en otro cargo del Ministerio del Interior de igual o superior jerarquía, con variación de su nomenclatura y funciones, dentro o fuera de la carrera administrativa, ¿podrá entenderse que queda a su discreción aceptar el nuevo nombramiento o acogerse a la indemnización o bonificación? ¿O en tal caso se puede concluir que no ha habido supresión del empleo, porque la persona ha sido incorporada a la planta de personal?

2. "... la exacta liquidación de las indemnizaciones o bonificaciones de los empleados cuyos cargos sean suprimidos y que no se incorporen a la nueva planta del Ministerio del Interior".

Entre otras disposiciones se cita el artículo 11 de la Ley 199 de 1995, así:

Artículo 11. Empleados públicos escalafonados. Los empleados públicos escalafonados en carrera administrativa, los empleados públicos en período de prueba en la carrera administrativa, y los empleados públicos que hayan sido nombrados provisionalmente para desempeñar cargos de carrera administrativa, a quienes se les suprima el cargo como consecuencia de la modificación del Ministerio de Gobierno en Ministerio del Interior en desarrollo de lo dispuesto en la presente ley, tendrán derecho para los dos primeros casos a una indemnización o a una bonificación en el tercer caso, así:

1. Cuarenta y cinco (45) días de salario cuando el empleado tuviere un tiempo de servicio no mayor de un (1) año.

2. Si el empleado tuviere más de un (1) año de servicio continuo y menos de cinco (5), **se le pagarán quince (15) días adicionales de salario sobre los cuarenta y cinco (45) días básicos del numeral 1, por cada año de servicio subsiguiente al primero y proporcional por fracción;**

3. Si el empleado tuviere cinco (5) años o más de servicio continuo y menos de diez (10), **se le pagarán veinte (20) días adicionales de salario sobre los cuarenta y cinco (45) días básicos del numeral 1, por cada uno de los años subsiguientes al primero, y proporcionalmente por fracción;** y,

4. Si el empleado tuviere más de diez (10) años de servicio continuo, **se le pagaràn cuarenta (40) días adicionales de salario sobre los cuarenta y cinco (45) días básicos del numeral 1 por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción** (la negrilla y subrayas fuera del texto)"

Finalmente para precisar el alcance del segundo aspecto, el consultante expresa lo siguiente:

"1. ... atendiendo al tenor literal, el número de días adicionales de salario a que tiene derecho el empleado por cada año o fracción subsiguiente al primero, debe liquidarse **sobre** una base de 45 días de salario.

Así se trata de un empleado con menos de 5 años de vinculación, por el primer año recibirá el equivalente a 45 días de salario. Y por cada uno de los años posteriores, 60 días.

2. ... lo que dispone la ley es que, **además** de los 45 días de salario por el primer año, el empleado tiene derecho a un determinado número de días adicionales de salario, por cada uno de los años posteriores al primero, y proporcionalmente por fracción".

LA SALA CONSIDERA:

1. **Opción entre indemnización o bonificación, y reintegro a cargo equivalente.**

La Ley 199 de 1995 modificó el Ministerio de Gobierno convirtiéndolo en Ministerio del Interior y fijó los principios y reglas generales con sujeción a los cuales el Gobierno Nacional debía modificar su estructura orgánica, consignando en el título III las disposiciones laborales transitorias, que incluyen las indemnizaciones y bonificaciones aplicables en la ejecución de la reforma.

De conformidad con el artículo 8° de la Ley 199 de 1995 para regular la supresión de empleos debe aplicarse el Decreto 1223 de 1993, artículos 3° y 4° que disponen:

"Artículo 3°. Suprimido un empleo de carrera desempeñado por un empleado inscrito en el escalafón, el jefe de personal o quien haga sus veces deberá comunicar a su titular tal circunstancia, poniéndolo además en conocimiento del derecho que le asiste de optar entre percibir la indemnización de que trata el numeral 1 del artículo 8° de la Ley 27 de 1992, en los términos señalados en el artículo 1° del presente decreto, o de tener tratamiento preferencial para:

1. Ser nombrado, dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de supresión de su empleo, en un cargo de carrera equivalente de la nueva planta de personal, que se establezca en el órgano o en la entidad a la cual se encontraba vinculado.

2. Ser nombrado, dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de supresión del empleo, en otro cargo de carrera, equivalente al suprimido que ocupaba, que se encuentre vacante o provisto mediante encargo o con nombramiento provisional en la entidad a la cual prestaba sus servicios al momento de la supresión del encargo.

3. Ser nombrado, dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de la supresión de su empleo, en otro de carrera equivalente que exista o que se cree en la entidad a la cual se trasladan las funciones del empleo suprimido, cuando la causa de la supresión haya sido el traslado de funciones a otro órgano o entidad del Estado, o

4. Ser nombrado en el órgano o en la entidad en la cual se suprimió el empleo del cual fue retirado, si dentro de los seis (6) meses siguientes a la supresión del empleo fuere creado otro de carrera con funciones iguales o similares.

Artículo 4°. El empleado cuyo cargo hubiere sido suprimido deberá comunicar, por escrito dirigido al jefe del organismo que lo retira del servicio, la decisión adoptada, dentro de los cinco (5) días calendario siguientes a la fecha de recibo de la comunicación de que trata el inciso 1 del artículo 3° del presente decreto."

Las disposiciones transcritas ordenan al jefe de personal de la entidad en que se suprimen los empleos enviar las correspondientes comunicaciones al afectado, informándolo de los derechos que tanto la Ley 27 de 1992 como su Decreto reglamentario

1223 de 1993 le reconocen, para que el empleado manifieste a aquél la decisión que toma respecto de la opción que las citadas normas le conceden.

De otro lado, el texto del artículo 8° de la Ley 27 de 1992 respecto de la indemnización por supresión del cargo de los empleados inscritos en el escalafón de la carrera administrativa señala:

> "1. El reconocimiento y pago de una indemnización, en los términos y condiciones que establezca el Gobierno Nacional.
>
> 2. La obtención de un tratamiento preferencial, en los términos establecidos en el Decreto-ley 2400 de 1968, artículo 48 y decretos reglamentarios. En todo caso, si transcurridos seis (6) meses no fuere posible revincular al funcionario en otra dependencia de la entidad donde hubiere un cargo vacante similar o equivalente, este tendrá derecho a la indemnización establecida en el numeral 1° del presente artículo".

Según se observa en la disposición transcrita, siempre que se supriman cargos, los empleados inscritos en el escalafón de la carrera administrativa tienen derecho a una indemnización o a tratamiento preferencial para su revinculación con la dependencia estatal de que se trate; situaciones que fueron reguladas en el Decreto 1223 de 1993 al que la Ley 199 de 1995 remitió los casos de esta misma índole con motivo de la reorganización que convirtió el Ministerio de Gobierno en Ministerio del Interior. Pero puntualizando circunstancias laborales distintas en las que pueden encontrarse los empleados a quienes se debe indemnizar o reconocer bonificación, a saber:

- Empleados públicos escalafonados en la carrera administrativa y los vinculados en cargos de carrera que se encuentren en período de prueba, ambos objeto de indemnización.

- Los designados provisionalmente para desempeñar cargos de carrera administrativa, cuyo régimen es el de la bonificación.

Además, para que surja el derecho a indemnización o bonificación, de una parte, o a la reincorporación, es necesario que medie supresión definitiva del empleo o cargo (entendiendo que no se repita en la nueva planta, art. 8° Ley 199 de 1995) y además el hecho se comunica al empleado afectado para que ejerza su derecho de opción.

Complemento de la situación descrita es el procedimiento aplicable por remisión expresa del Decreto 1223 de 1993, así:

> "Artículo 5°. Dentro de los quince (15) días calendario siguientes al recibo de la comunicación del empleado cuyo cargo hubiere sido suprimido, en que manifieste su decisión de optar por la indemnización, o de vencido el plazo de los seis (6) meses a que se refiere el artículo 8° de la Ley 27 de 1992, según el caso, la entidad de oficio o a solicitud de parte, expedirá la resolución en donde se liquide

la indemnización, la cual deberá ser notificada en los términos del Decreto 01 de 1984, contra el acto de liquidación proceden los recursos de reposición y apelación. Este último en cuanto fuere procedente".

De la norma transcrita se derivan otros dos aspectos para destacar, en síntesis:

- Que el afectado se pronuncie dentro de los cinco días siguientes.

- Que si el empleado opta por la indemnización así se comunicará en los 15 días calendario siguientes o vencido el plazo de seis meses consignado en el artículo 8° de la Ley 27 de 1992, la entidad producirá la resolución indemnizando.

Sin embargo, sobre lo anterior el artículo 8° de la Ley 199 de 1995 hizo una salvedad para señalar que el plazo de seis (6) meses de espera, consignado en la norma reglamentaria y en la Ley 27 de 1992, no será imperativo si el empleado acepta inmediatamente reciba la comunicación el régimen indemnizatorio y de bonificación.

La ley no dice textualmente que el concepto "inmediatamente" se relacione con la comunicación de la supresión del empleo, pero resulta evidente que si esta debe producirse por determinación del Decreto reglamentario 1223 de 1993, la actuación exigida al empleado ha de estar referida a tal momento.

Lo expuesto, no obsta para que en los términos del artículo 3° del Decreto 1223 de 1993, el empleado de conformidad con su determinación y en desarrollo de su derecho de opción, pueda tener tratamiento preferencial para ser nombrado dentro de los seis meses siguientes a la supresión del empleo en otro cargo de carrera equivalente al que ocupaba.

Por último, conviene precisar que la indemnización o bonificación consagradas en el artículo 11 de la Ley 199 de 1995, se dirigen, la primera a resarcir a los empleados vinculados a la carrera administrativa en forma permanente o en período de prueba y la segunda a compensar a los empleados, que fuera de los casos anteriores, hubieren sido nombrados provisionalmente para desempeñar cargos de carrera administrativa. las alternativas contempladas en la Ley 27 de 1992, su decreto reglamentario, y la Ley 199 de 1995 se refieren exclusivamente a empleados de carrera administrativa, para los de libre nombramiento y remoción no se previó regulación ninguna porque se entiende que el nominador en ejercicio de su función de discrecionalidad podrá dar por terminada unilateralmmente la vinculación o sustituirla por otra en la nueva entidad creada.

2. **Cálculo para la liquidación de indemnización o bonificaciones.**

Respecto del segundo aspecto referido a la forma como debe liquidarse la indemnización o la bonificación previstas en el artículo 11 de la Ley 199 de 1995, la Sala estima que en la situación planteada no se presenta la cuestión de interpretación en términos de favorabilidad para el empleado, sino de una imprecisión de redacción que no desvirtúa la voluntad de la ley.

Cuando la norma citada dice que,

"si el empleado tuviere un (1) año de servicio continuo y menos de cinco (5), se le pagarán quince (15) días adicionales de salario sobre los cuarenta y cinco (45) básicos del numeral primero, por cada año de servicio subsiguiente al primero y proporcional por fracción."

Lo que quiso sin duda el legislador fue repetir el mecanismo utilizado en el Código Sustantivo del Trabajo para indemnizar al trabajador, cuando se presenta la terminación unilateral del contrato sin justa causa, y en ese sistema, la indemnización equivale a 45 días de salario por el primer año; a ellos se suman los días adicionales reconocidos en la ley por cada año posterior, sin generar acumulación repetida de 45 días (que únicamente corresponden al primer año) en la liquidación de cada año subsiguiente. En ambos casos se señala una suma mayor para el primer año y otras menores (aun cuando progresivas) por los años subsiguientes.

Aplicando esta situación a los términos del artículo 11 de la Ley 199 de 1995, se desprende para el caso del empleado cuando ha trabajado más de un año continuo y menos de cinco, que se deben reconocer cuarenta y cinco (45) días de salario por el primer año y 15 días adicionales por cada año subsiguiente, lo cual da como resultado 45 días por el primero y suma adicional correspondiente a 15 días multiplicada por los años restantes a liquidar.

En consecuencia no es "sobre" los cuarenta y cinco días iniciales después del primer año que debe observarse "una base", sino que estos 45 días son el monto total del año uno y lo indicado para los subsiguientes es neto, sin sumarlo al factor del primero.

El mismo procedimiento se realiza en las dos eventualidades siguientes que contemplan las hipótesis de que el trabajador laboró cinco años o más y menos de diez, o más de diez años de servicio. En este último caso la fórmula del Código Sustantivo del Trabajo es esencialmente la misma de la Ley 199 de 1995, siendo el texto del estatuto laboral, el siguiente:

"Artículo 63. C.S.T.

...

d) Si el trabajador tuviere diez (10) o más años de servicio continuo se le pagarán cuarenta días adicionales sobre los cuarenta y cinco (45) días básicos del literal a) por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción" (subrayas fuera de texto).

Las fórmulas de indemnización que utiliza la Ley 199 de 1995 son las mismas que emplea para otros aspectos semejantes el Código Laboral, luego de aplicación en uno y otro caso es la misma desarrollada por la doctrina en relación con las disposicio-

nes del Código Sustantivo del Trabajo que además de ser comúnmente aceptada, refleja la verdadera intención del legislador, por ello la Sala observa que la hipótesis última planteada en la consulta corresponde a la respuesta que se formùla a continuación en el sentido de que el funcionario, "... recibirá por el primer año 45 días de salario, y 15 días de salario adicionales, por cada uno de los años de servicio posteriores a aquel".

LA SALA RESPONDE:

1. Si se suprime un cargo del Ministerio de Gobierno, ocupado por un empleado inscrito en el escalafón de la carrera administrativa o en período de prueba de la misma, aquel debe ser informado por escrito para que ejerza su derecho de opción. Este derecho es discrecional para el empleado quien puede escoger entre recibir tratamiento preferencial para la revinculación en un cargo de carrera de la nueva planta o en otro equivalente, existente o que se cree, o de otro lado, puede acogerse a la indemnización.

La segunda parte de esta pregunta se responde afirmando que debe existir supresión del empleo.

El empleado que se encuentra provisionalmente designado en un cargo de carrera administrativa, únicamente tiene derecho a la bonificación, y el que lo está en otro que no corresponde a la carrera, no tiene derecho a revinculación, ni a indemnización o bonificación.

2. La indemnización o bonificación, según el caso, consagrada en el artículo 11 de la Ley 199 de 1995 se liquida reconociendo según el tiempo servido, sumas referidas a este factor, así:

- **Vinculación hasta por 1 año.** 45 días de salario.

- **Vinculación entre 1 año y menos de 5 años:** por el primer año, 45 días de salario, a los cuales se suman, por el segundo año y subsiguientes (menos de cinco), 15 días de salario por año, o proporcional por fracción.

- **Vinculación entre cinco y menos de 10 años:** por el primer año, 45 días de salario, a los cuales se suman, por los años segundo y subsiguientes (menos de diez), 20 días de salario por cada uno o proporcional por fracción.

- **Vinculación por más de 10 años:** por el primer año, 45 días de salario, a los cuales se suman, por el segundo año y subsiguientes (más de diez), 40 días de salario por cada uno o proporcional por fracción.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a los señores Ministro del Interior y Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

Luis Camilo Osorio Isaza, Presidente de la Sala, *Javier Henao Hidrón, César Hoyos Salazar, Roberto Suárez Franco* (ausente con excusa).

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

CONSULTA NUMERO 746

(23 de noviembre de 1995)

SISTEMA NACIONAL DEL DEPORTE – Integración / PERSONERIA JURIDICA DE LOS ORGANISMOS DEPORTIVOS - Otorgamiento.

El otorgamiento de la personería jurídica de los organismos deportivos distintos a los de nivel nacional, federaciones deportivas nacionales y clubes con deportistas profesionales organizados como corporaciones o asociaciones, corresponde a los Gobernadores y al Alcalde Mayor de Santa Fe de Bogotá, según la jurisdicción territorial donde dichos organismos deportivos funcionen.

Santa Fe de Bogotá, D. C., veintitrés (23) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *César Hoyos Salazar.*

Radicación número 746.

Referencia: Personería jurídica de organismos deportivos. Ley 181 de 1995, Decretos 1227 y 1228 de 1995.

La señora Ministra de Educación Nacional, doctora MARIA EMMA MEJIA VELEZ, formula a la Sala la siguiente consulta:

"¿En cabeza de quién se radica el otorgamiento de la personería jurídica de los organismos deportivos distintos a los de nivel nacional, federaciones deportivas nacionales y clubes con deportistas profesionales organizados como corporaciones o asociaciones?".

CONSIDERACIONES

El Sistema Nacional del Deporte, regulado por la Ley 181 de 1995, está integrado por organismos jerarquizados en tres niveles: nacional, conformado por el Ministerio de Educación Nacional, el Instituto Colombiano del Deporte, Coldeportes, el Comité Olímpico Colombiano y las federaciones deportivas nacionales; departamental, cons-

tituido por las entidades deportivas departamentales, ligas deportivas departamentales y clubes deportivos; y municipal, por las entidades deportivas municipales o distritales, clubes deportivos y comités deportivos.

Por otra parte, el artículo 51 *ibidem,* agrega:

"Las demás entidades de carácter público, privado o mixto que hacen parte del Sistema Nacional del Deporte, concurrirán al nivel jerárquico correspondiente a su propia jurisdicción territorial y ámbito de actividades".

El Decreto-ley 1228 de 1995 dispone:

"La personería jurídica de los organismos deportivos de nivel nacional, será otorgada por el Instituto Colombiano del Deporte, Coldeportes. La de los organismos deportivos de los demás niveles, por las autoridades competentes del respectivo nivel ..."

Y más adelante agrega:

"Coldeportes otorgará la personería jurídica de los clubes con deportistas profesionales organizados como corporaciones o asociaciones".

Este mismo artículo establece que los clubes deportivos y promotores del nivel municipal sólo están obligados a obtener personerías jurídicas y organizarse como corporaciones deportivas, para acceder a recursos públicos y en los demás eventos que expresamente la ley determine.

Los clubes deportivos, los clubes promotores, las ligas y asociaciones deportivas departamentales, municipales y del Distrito Capital, y los demás organismos privados que ejerzan funciones de fomento, desarrollo y práctica del deporte, la recreación y aprovechamiento del tiempo libre, son organizaciones de personas, sin ánimo de lucro, que pueden obtener el reconocimiento de personería jurídica.

La Ley 24 de 1988 facultó al Presidente de la República para delegar en los gobernadores y en el Alcalde Mayor de Bogotá "el otorgamiento y cancelación de personería jurídica a fundaciones y asociaciones sin ánimo de lucro, cuyos objetivos sean la prestación de servicios educativos, científicos, tecnológicos, culturales, de recreación o deporte" (art. 55).

Esa delegación se hizo efectiva por medio del Decreto 525 de 1990, y en consecuencia los Gobernadores, a nivel departamental, y el Alcalde Mayor, a nivel de Santa Fe de Bogotá, son quienes deciden sobre "reconocimiento y cancelación de la personería jurídica de las fundaciones y asociaciones sin ánimo de lucro, con fines... de recreación o deportes que funcionen en su respectiva jurisdicción, ..." (art. 27).

En consecuencia,

LA SALA RESPONDE:

El otorgamiento de la personería jurídica de los organismos deportivos distintos a los de nivel nacional, federaciones deportivas nacionales y clubes con deportistas profesionales organizados como corporaciones o asociaciones, corresponde a los Gobernadores y al Alcalde Mayor de Santa Fe de Bogotá, según la jurisdicción territorial donde dichos organismos deportivos funcionen.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a los señores Ministra de Educación Nacional y Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

Roberto Suárez Franco, Presidente de la Sala; *Javier Henao Hidrón, César Hoyos Salazar; Luis Camilo Osorio Isaza.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

CONSULTA NUMERO 745

(29 de noviembre de 1995)

PROPIEDAD - Clases.

Con fundamento en la Constitución Política, la jurisprudencia distingue tres clases de propiedad: privada, estatal y pública. En efecto, a la clasificación que comprende la propiedad privada y la propiedad pública, que es aquella afectada por disposición de la ley al cumplimiento de finalidades públicas, las cuales pueden ser cumplidas no solamente por el Estado sino, también por particulares.

PROPIEDAD PRIVADA - Función social y ecológica.

La propiedad privada, tanto la individual (art. 58) como la colectiva o comunitaria: este es el caso de los resguardos indígenas (art. 329) y de las áreas ocupadas por comunidades negras en la Cuenca del Pacífico (art. 55 transitorio, está sometida al cumplimiento de una función social y ecológica que implica obligaciones, y goza de la protección consistente en que junto a los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, no puede ser desconocida ni vulnerada por leyes posteriores.

PROPIEDAD ESTATAL - Conformación.

La propiedad estatal comprende los bienes que el Estado posee como propiedad privada, en condiciones similares a la que detentan los particulares. Pero también y principalmente, comprende aquellos elementos constitutivos del territorio de Colombia con respecto a los cuales tiene un dominio eminente que le permite el ejercicio de actos de soberanía: tales son el suelo (territorio continental e islas, islotes, cayos, morros y bancos que le pertenecen), el subsuelo, el mar territorial, la zona contigua, la plataforma continental, la zona económica exclusiva, el espacio aéreo, el espectro electromagnético y el espacio donde actúa, y un eventual segmento de órbita geoestacionaria, de conformidad con el derecho internacional o con las leyes colombianas a falta de normas internacionales. De modo que el territorio, "con los bienes públicos que de él forman

parte", pertenecen a la Nación, personificación jurídica del Estado (arts. 101, 102 y 332 de la Constitución).

PROPIEDAD PUBLICA - Titularidad / PROPIEDAD PUBLICA - Conformación / BIENES FISCALES - Clases.

La propiedad pública, conformada por los bienes de dominio público, tiene también como titular principal al Estado pero admite excepcionalmente la titularidad de particulares. Esta clase de propiedad está destinada o afectada legalmente a un uso público, a un servicio público, o al fomento de la riqueza nacional. La constituyen, por consiguiente, los bienes de uso público, tales como ríos, playas marítimas y fluviales, calles, caminos, puentes, plazas, cuyo uso pertenece a todos los habitantes del territorio; los bienes fiscales o patrimoniales que, afectados a la prestación de servicios públicos, se subdividen en "fiscales comunes" (edificios de las oficinas públicas, escuelas, hospitales, cuarteles, granjas experimentales, los lotes de terreno destinados a obras de infraestructura dirigidas a la instalación o dotación de servicios públicos), en "estrictamente fiscales" (los dineros a disposición de las tesorerías, los impuestos, las multas, los recursos del presupuesto) y en "fiscales adjudicables", esto es, los baldíos destinados a ser adjudicados para su explotación económica; y los bienes que forman el patrimonio arqueológico, cultural e histórico de la nación, incluyendo los inmuebles de propiedad particular que hayan sido declarados monumentos nacionales conforme a la Ley 163 de 1959 y su Decreto Reglamentario 264 de 1963. Existen también los bienes parafiscales, originados en contribuciones parafiscales y que tienen un tratamiento especial.

BIEN DE USO PUBLICO – Protección / ACCION RESTITUTORIA DE BIEN DE USO PUBLICO - Competencia / OCUPACION PERMANENTE DE BIENES DE USO PUBLICO - Restitución / BIEN FISCAL - perturbación

Para los bienes de uso público, el Código Nacional de Policía o Decreto-ley 1355 de 1970, establece una acción restitutoria que se ejerce ante los alcaldes. Por lo demás, el Código de Régimen Municipal expedido mediante el Decreto 1333 de 1986 dispone que toda ocupación permanente de las vías, puentes y acueductos públicos es atentatorio de los derechos del común, y los que en ellos tengan parte serán obligados a restituir, en cualquier tiempo que sea, la parte ocupada y un tanto más de su valor, además de los daños y perjuicios de que puedan ser responsables (*ibidem,* art. 170, inciso segundo), y asigna al personero la atribución de "demandar de las autoridades competentes las medidas de policía necesarias para impedir la perturbación y ocupación de los bienes fiscales y de uso público" (*ibidem,* art. 139, regla 7ª).

DIMAR – Atribuciones / CONCESION DE AGUAS DE BIENES DE USO PUBLICO - Competencia de la DIMAR.

La regulación, autorización y control de las concesiones y permisos de aguas, terrenos de bajamar, playas y demás bienes de uso público "de las áreas de su jurisdicción" –que comprende hasta el límite exterior de la zona económica exclusiva–, así como el conocimiento y fallo de las investigaciones por violación a las normas de marina mercante y de reserva de carga, o por contaminación del medio marino y fluvial, o por construcciones indebidas y no autorizadas, compete a la Dirección General Marítima, DIMAR, de conformidad con lo señalado en el Decreto-ley 2324 de 1984.

ACCIONES POLICIVAS PARA LA PROTECCION DE LA POSESION Y LA TENENCIA - Clases / ACCION POSESORIA / LANZAMIENTO POR OCUPACION DE HECHO - Régimen de procedimiento aplicable.

Las acciones policivas encaminadas a proteger la posesión o tenencia son la acción por perturbación y la acción por despojo. La primera, a que se refiere el libro II, capítulo V del Código Nacional de Policía, sin establecer un procedimiento, se rige por las disposiciones nacionales sobre la materia y, en los aspectos que éstas no contemplen, por lo señalado en los códigos departamentales de policía; tal es la interpretación que ha hecho esta Sala con fundamento en el artículo 187-9 de la Constitución de 1886, correspondiente al artículo 300-8 de la Constitución vigente (consulta número 1119 de 7 de febrero de 1977). En la segunda, o querella de restablecimiento o despojo violento, el derecho prescribe en seis meses (C.C., art. 984) y es menester distinguir si se trata de un predio urbano, caso en el cual se acude al procedimiento de lanzamiento por ocupación de hecho, señalado en la Ley 57 de 1905 y su Decreto Reglamentario 992 de 1930, o de un predio rural, evento en que rige lo dispuesto en el Decreto-ley 2303 de 1989 sobre jurisdicción agraria (art. 2º numeral 10).

ACCION POSESORIA - Objeto / POSESION DE BIEN - Prueba / ACCION REIVINDICATORIA - Concepto.

En las acciones posesorias, cuyo objeto consiste en conservar o recuperar la posesión de bienes raíces, o de derechos reales constituidos en ellos (C.C. art. 972), el demandante deberá demostrar el hecho de la posesión que alegue e interponer la respectiva demanda dentro del año, contado desde el acto de molestia inferido a ella o de su pérdida (C.C., art. 976). No son susceptibles de interponerse respecto de las cosas que no pueden ganarse por prescripción, como las servidumbres inaparentes o discontinuas (C.C., art. 973), los bienes de uso público y

los bienes fiscales. La acción reivindicatoria o acción de dominio es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituírsela (C.C., art. 946). Exige derecho de dominio en el demandante y posesión material en el demandado y es, por tanto, una acción primordialmente protectora del dominio, que ampara a bienes inmuebles y muebles; aunque también podrá intentarse contra el que poseía de mala fe y por hecho o culpa suya ha dejado de poseer, como si actualmente poseyese (*ibidem,* art. 957). El poseedor tiene derecho a que se le reembolse lo que haya gastado en repararla y mejorarla (*ibidem,* art. 947).

BIEN FISCAL – Procedimiento para la recuperación / PERTURBACION DE LA POSESION - Acción policiva / ACCION DE POLICIA - Prescripción.

El procedimiento que se debe seguir para la recuperación de los bienes fiscales que se encuentran en poder de terceras personas es, inicialmente, el que corresponde a las acciones policivas de perturbación o de despojo, según el caso. Vencido el término de prescripción para el ejercicio de las acciones policivas, el procedimiento es el correspondiente al proceso abreviado que dispone el Código de Procedimiento Civil para tramitar y decidir los asuntos de tenencia, salvo que se trate de un bien agrario, caso en el cual se aplicará lo dispuesto en el Decreto-ley 2303 de 1989.

Santa Fe de Bogotá, veintinueve (29) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Javier Henao Hidrón.*

Radicación número 745.

Referencia: Procedimiento para la recuperación de bienes fiscales.

El señor Ministro de Desarrollo Económico, doctor Rodrigo Marín Bernal, hace algunas consideraciones en relación con unos bienes inmuebles (lotes de terreno) de propiedad de la Corporación Nacional de Turismo y que han sido invadidos por terceras personas; tras estimar que estos ocupantes no pueden ser considerados como poseedores por cuanto dichos bienes tienen el carácter de imprescriptibles por mandato del Código de Procedimiento Civil, procede a consultar:

"¿Cuál es el procedimiento que se debe seguir para la recuperación de los bienes fiscales que se encuentran en poder de terceras personas?".

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE:

I. **Clases de propiedad.** Con fundamento en la Constitución Política, la jurisprudencia distingue tres clases de propiedad: privada, estatal y pública. En efecto, a la clasificación que comprende la propiedad privada y la propiedad estatal, se agrega

hoy un tercer grupo, el de la propiedad pública, que es aquella afectada por disposición de la ley al cumplimiento de finalidades públicas, las cuales pueden ser cumplidas no solamente por el Estado sino, también, por particulares ([1]).

1.1 La propiedad privada, tanto la individual (art. 58) como la colectiva o comunitaria: este es el caso de los resguardos indígenas (art. 329) y de las áreas ocupadas por comunidades negras en la cuenca del Pacífico (art. 55 transitorio), está sometida al cumplimiento de una función social y ecológica que implica obligaciones, y goza de la protección consistente en que junto a los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, no puede ser desconocida ni vulnerada por leyes posteriores.

1.2 La propiedad estatal comprende los bienes que el Estado posee como propiedad privada, en condiciones similares a la que detentan los particulares. Pero también y principalmente, comprende aquellos elementos constitutivos del territorio de Colombia con respecto a los cuales tiene un dominio eminente que le permite el ejercicio de actos de soberanía: tales son el suelo (territorio continental e islas, islotes, cayos, morros y bancos que le pertenecen), el subsuelo, el mar territorial, la zona contigua, la plataforma continental, la zona económica exclusiva, el espacio aéreo, el espectro electromagnético y el espacio donde actúa, y un eventual segmento de órbita geoestacionaria, de conformidad con el derecho internacional o con las leyes colombianas a falta de normas internacionales. De modo que el territorio, "con los bienes públicos que de él forman parte", pertenecen a la Nación, personificación jurídica del Estado (arts. 101, 102 y 332 de la Constitución).

1.3. La propiedad pública, conformada por los bienes de dominio público, tiene también como titular principal al Estado pero admite excepcionalmente la titularidad de particulares. Esta clase de propiedad está destinada o afectada legalmente a un uso público, a un servicio público, o al fomento de la riqueza nacional. La constituyen, por consiguiente, los bienes de uso público, tales como ríos, playas marítimas y fluviales, calles, caminos, puentes, plazas, cuyo uso pertenece a todos los habitantes del territorio; los bienes fiscales o patrimoniales que, afectados a la prestación de servicios públicos, se subdividen en "fiscales comunes" (edificios de las oficinas públicas, escuelas, hospitales, cuarteles, granjas experimentales, los lotes de terreno destinados a obras de infraestructura dirigidas a la instalación o dotación de servicios públicos", en "estrictamente fiscales" (los dineros a disposición de las tesorerías, los impuestos, las multas, los recursos del presupuesto) y en "fiscales adjudicables", esto es, los baldíos destinados a ser adjudicados para su explotación económica; y los bienes que forman el patrimonio arqueológico, cultural e histórico de la nación, incluyendo los inmuebles de propiedad particular que hayan sido declarados monumentos nacionales conforme a la Ley 163 de 1959 y su Decreto Reglamentario 264 de 1963. Existen también los bienes parafiscales, originados en contribuciones parafiscales y que tienen un tratamiento especial.

Mientras se conserve la destinación al cumplimiento de los fines expresados, los bienes de propiedad pública tienen características especiales. El artículo 63 de la

Constitución otorga no solamente a los bienes de uso público, sino también a los parques naturales y al patrimonio arqueológico de la Nación, las condiciones de ser inalienables, imprescriptibles e inembargables; notas que hace extensivas a las tierras comunales de grupos étnicos y a las tierras de resguardo indígena. Además, la precitada norma constitucional admite que a la anterior enumeración puedan concurrir otros bienes, siempre que así lo determine la ley.

Y es precisamente en la ley (Código de Procedimiento Civil, vigente a partir del 1° de julio de 1971), donde se dispone que la declaración de pertenencia no procede respecto de bienes imprescriptibles "o de propiedad de las entidades de derecho público" , (*ibidem,* art. 407 regla 4ª), con lo cual la imprescriptibilidad, que ya se predicaba respecto de los bienes de uso público por mandato del artículo 2519 del Código Civil, se hizo extensiva a los bienes fiscales.

II. **Acciones tendientes a proteger o recuperar bienes del Estado**

Como consecuencia lógica del Estado Social de Derecho, proclamado por nuestra Constitución en su artículo 1°, todo derecho, personal o real, lleva inherente su correspondiente acción, facultad destinada a que su titular pueda invocar su protección ante el poder judicial o la autoridad competente cuando aquel sea objeto de perturbación, violación o desconocimiento.

De esa manera surgen acciones que pueden ser ejercidas ante las autoridades policivas o administrativas, o ante las propiamente judiciales. Mediante las primeras se busca retornar las cosas al estado en que estaban antes de la perturbación o despojo; por medio de las segundas se pretende no solamente resolver los conflictos que surjan entre particulares o entre estos y el Estado, sino también la protección de aquellos bienes que tienen connotación colectiva o pública, como la diversidad e integridad del medio ambiente (C. N., art. 79) y la integridad del espacio público (C. N., art. 82).

Específicamente para los bienes de uso público, el Código Nacional de Policía o Decreto-ley 1355 de 1970, establece una acción restitutoria que se ejerce ante los alcaldes, quienes, en ejercicio de la función de policía, procederán a dictar la correspondiente resolución que deberá cumplirse en un plazo no mayor de treinta días; contra la misma procede el recurso de reposición y, en subsidio, el de apelación para ante el gobernador (*ibidem,* art. 132). Esta acción de amparo respecto de los bienes de uso público, tiene, desde luego, antecedentes en diversas normas de orden constitucional y legal. Entre las primeras es pertinente mencionar los artículos 4°, 30 y 183 de la Carta Política de 1886 y entre las segundas, el artículo 208 de la Ley 4ª de 1913, reglamentado por el Decreto 640 de 1973; de conformidad con este decreto, "es un deber de los alcaldes y gobernadores proceder de oficio, inmediatamente que tengan conocimiento de la ocupación que, en cualquier tiempo, se haya hecho de zonas de vías públicas, urbanas o rurales, a dictar las providencias conducentes a la correspondiente restitución" (art. 5°), disposición que es aplicable también "En el caso de restitución de

los demás bienes de uso público" (*ibidem,* art. 7°). Por lo demás, el Código de Régimen Municipal expedido mediante el Decreto 1333 de 1986 dispone que toda ocupación permanente de las vías, puentes y acueductos públicos es atentatorio de los derechos del común, y los que en ellos tengan parte serán obligados a restituir, en cualquier tiempo que sea, la parte ocupada y un tanto más de su valor, además de los daños y perjuicios de que puedan ser responsables (*ibidem,* art. 170 inciso segundo), y asigna al personero la atribución de "demandar de las autoridades competentes las medidas de policía necesarias para impedir la perturbación y ocupación de los bienes fiscales y de uso público" (*ibidem,* art. 139, regla 7ª).

Con todo, la regulación, autorización y control de las concesiones y permisos de aguas, terrenos de bajamar, playas y demás bienes de uso público "de las áreas de su jurisdicción" –que comprende hasta el límite exterior de la zona económica exclusiva–, así como el conocimiento y fallo de las investigaciones por violación a las normas de marina mercante y de reserva de carga, o por contaminación del medio marino y fluvial, o por construcciones indebidas y no autorizadas, compete a la Dirección General Marítima, Dimar, de conformidad con lo señalado en el Decreto-ley 2324 de 1984.

Para la defensa de los elementos constitutivos del espacio público y el medio ambiente, es procedente la acción popular prevista en los artículos 1005 del Código Civil y 8° de la Ley 9ª de 1989, que se ejerce ante los jueces ordinarios y sigue el trámite correspondiente al proceso abreviado; en tratándose de la preservación del ambiente rural y manejo de los recursos naturales renovables de carácter agrario, se instaura ante los jueces agrarios, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto-ley 2303 de 1989, parágrafo de su artículo 2°.

En relación con los bienes fiscales, si bien la ley les otorgó desde 1971 el carácter de imprescriptibles, coetánea o subsiguientemente no estableció un procedimiento especial para su protección y eventual restitución, ni remitió tampoco al trámite dispuesto para los bienes de uso público. Por ello la entidad estatal, propietaria de bienes que por estar afectados a la prestación de un servicio público son considerados como fiscales o patrimoniales, deberá acudir a los medios ordinarios que brinda la ley para la defensa, protección o restitución de la propiedad privada. Las acciones serán entonces de carácter policivo o judicial. En este último caso habrá que estudiar la procedencia de acciones tales como la posesoria, la reivindicatoria, y la de tenencia.

Las acciones policivas encaminadas a proteger la posesión o tenencia son la acción por perturbación y la acción por despojo. La primera, a que se refiere el libro II, capítulo V del Código Nacional de Policía, sin establecer un procedimiento, se rige por las disposiciones nacionales sobre la materia y, en los aspectos que éstas no contemplen, por lo señalado en los códigos departamentales de policía; tal es la interpretación que ha hecho esta Sala con fundamento en el artículo 187-9 de la Constitución de 1886, correspondiente al artículo 300-8 de la Constitución vigente (Consulta No. 1119 de 7 de febrero de 1977). En la segunda, o querella de restablecimiento o despojo violento, el derecho prescribe en seis meses (C. C., art. 984) y es menester distinguir

si se trata de un predio urbano, caso en el cual se acude al procedimiento de lanzamiento por ocupación de hecho, señalado en la Ley 57 de 1905 y su Decreto Reglamentario 992 de 1930, o de un predio rural, evento en que rige lo dispuesto en el Decreto-ley 2303 de 1989 sobre jurisdicción agraria (art. 2° numeral 10). En todo caso, la policía sólo puede intervenir para evitar que se perturbe el derecho de posesión o mera tenencia que alguien tenga sobre un bien, y en el caso de que se haya violado ese derecho, para restablecer y preservar la situación que existía en el momento en que se produjo la perturbación, conforme al artículo 125 del citado Código. Por tanto, las medidas de policía para proteger la posesión y tenencia se mantendrán mientras el juez no decida otra cosa (*ibidem,* art. 127).

Las acciones de protección jurisdiccional son aquellas que la ley otorga al dueño o poseedor para defenderse de temores fundados, perturbaciones o despojo de terceros y que se adelantan, vencido el término de prescripción establecido para las acciones policivas, ante los órganos judiciales competentes.

En las acciones posesorias, cuyo objeto consiste en conservar o recuperar la posesión de bienes raíces, o de derechos reales constituidos en ellos (C. C., art. 972), el demandante deberá demostrar el **hecho** de la posesión que alegue e interponer la respectiva demanda dentro del año, contado desde el acto de molestia inferido a ella o de su pérdida (C.C., art. 976). No son susceptibles de interponerse respecto de las cosas que no pueden ganarse por prescripción, como las servidumbres inaparantes o discontinuas (C.C., art. 973), los bienes de uso público y los bienes fiscales.

La acción reivindicatoria o acción de dominio es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituírsela (C.C., art. 946). Exige derecho de dominio en el demandante y posesión material en el demandado y es, por tanto, una acción primordialmente protectora del dominio, que ampara a bienes inmuebles y muebles; aunque también podrá intentarse contra el que poseía de mala fe y por hecho o culpa suya ha dejado de poseer, como si actualmente poseyese (*ibidem,* art. 957). El poseedor tiene derecho a que se le reembolse lo que haya gastado en repararla y mejorarla (*ibidem,* art. 947).

Finalmente, el Código de Procedimiento Civil sujeta al trámite y decisión del proceso abreviado, los asuntos de restitución de tenencia a cualquier título y el reconocimiento de las indemnizaciones a que haya lugar (*ibidem,* art. 408-10), distinguiendo más adelante entre la restitución de predios rurales (*ibidem,* art. 425) y otros procesos de restitución de tenencia (*ibidem,* art. 426); entre estos últimos menciona "cualquier clase de bienes dados en tenencia a título distinto de arrendamiento".

Los bienes fiscales o patrimoniales pertenecen al Estado como una especie de propiedad pública destinada real o potencialmente a la prestación de servicios públicos. Aunque dotados de la prerrogativa de ser imprescriptibles y generalmente inembargables, como norma general se rigen por la legislación común.

En el caso de que bienes fiscales se encuentren en poder de terceras personas, el procedimiento que se debe seguir para su recuperación dependerá de circunstancias de tiempo, modo y hasta de lugar, como que el tratamiento difiere según su situación geográfica, distinguiéndose entre predios urbanos y rurales.

De manera que, inicialmente, procederán las acciones policivas, por perturbación o por despojo, según el caso. Y con posterioridad, es decir, una vez transcurrido el término de prescripción que la ley establece para el ejercicio de aquéllas, habrá que acudir ante las autoridades judiciales. Las acciones de protección jurisdiccional fueron, tradicionalmente, la posesoria y la de reivindicación o acción de dominio. Hoy en día, dotados los bienes fiscales de la prerrogativa de la imprescriptibilidad, el ocupante de hecho del bien fiscal ya no podrá alegar posesión. A lo sumo se convertirá en un mero tenedor que por ministerio de la ley está reconociendo dominio ajeno. Por ello, en sede jurisdiccional lo pertinente será el ejercicio por la entidad estatal propietaria del bien fiscal, de la acción correspondiente al proceso de lanzamiento, con fundamento en los artículos 425 y 426 del Código de Procedimiento Civil; en tratándose de bienes agrarios, el lanzamiento por ocupación de hecho compete a los juzgados agrarios como consecuencia de la creación de la jurisdicción agraria por el Decreto-ley 2303 de 1989 y lo preceptuado en sus artículos 2°, numeral 6, 3° y 8°, numeral 2.

En mérito de lo expuesto, la Sala responde:

El procedimiento que se debe seguir para la recuperación de los bienes fiscales que se encuentran en poder de terceras personas es, inicialmente, el que corresponde a las acciones policivas de perturbación o de despojo, según el caso.

Vencido el término de prescripción para el ejercicio de las acciones policivas, el procedimiento es el correspondiente al proceso abreviado que dispone el Código de Procedimiento Civil para tramitar y decidir los asuntos de tenencia, salvo que se trate de un bien agrario, caso en el cual se aplicará lo dispuesto en el Decreto-ley 2303 de 1989.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a los señores Ministro de Desarrollo Económico y Secretario Jurídico de la Presidencia de la República (C.C.A., art. 112).

Roberto Suárez Franco, Presidente de la Sala; *Javier Henao Hidrón, César Hoyos Salazar, Luis Camilo Osorio Isaza.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

NOTA DE RELATORIA: Menciona las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de 16 de noviembre de 1978, Sala Plena y de 28 de julio de 1987, Sala de Casación Civil y de la Corte Constitucional, T-566 de 23 de octubre de 1992.

(1) Por ejemplo, sentencias de la Corte Suprema de Justicia de 16 de noviembre de 1978, Sala Plena y de 28 de julio de 1987, Sala de Casación Civil y de la Corte Constitucional, T-566 de 23 de octubre de 1992.

CONSULTA NUMERO 747

(29 de noviembre de 1995)

NORMA CONSTITUCIONAL – Interpretación / CONSTITUCION DEROGADA Y CONSTITUCION VIGENTE – Diferencias.

La actual Constitución se refiere a todos los servidores del Estado, modificando la redacción anterior que cubría "... Colombiano que esté al servicio de Colombia" la norma actual incorpora las expresiones "honores y recompensas" y la de "celebrar contratos"..., que no contemplaba la Constitución del 86. La disposición de la carta actual agrega, además que gobiernos extranjeros, los organismos internacionales, los cuales no fueron mencionados en la anterior constitución.

Autorizada su publicación con oficio número 072 de 22 de enero de 1996.

NORMA DISCIPLINARIA - Reproducción de norma constitucional.

Los mandatos previstos en los arts. 129 y 189 numeral 18 de la carta fueron repetidos en norma de carácter disciplinario que los convierte en prohibición y también en falta disciplinaria atribuible a los servidores públicos, de conformidad con las previsiones del art. 38 de la misma Ley 200 de 1995. En consecuencia toda distinción o beneficio material o no, que se otorgue por un organismo internacional o un gobierno extranjero a un servidor público sólo puede ser recibido con permiso expreso del Gobierno Nacional.

Autorizada su publicación con oficio 072 de 22 de enero de 1996.

CAPACITACION EN EL EXTERIOR DE EMPLEADO PUBLICO- Observancia de trámites para el permiso.

La aceptación y asistencia por parte de servidores públicos para participar en cursos de capacitación, seminarios, talleres o reuniones a los cuales inviten gobiernos extranjeros u organismos internacionales, no están comprendidos dentro de los artículos 129 y 189 numeral 18 de la Constitución Política, por cuanto estas normas se refieren a otro género

de beneficios consistentes en cargos, honores o recompensas; o en la celebración de contratos. Sin embargo, en todo caso los servidores públicos deben observar el trámite legal previo para la obtención del permiso o comisión correspondiente, cuando se trate de eventos fuera del país.

Autorizada su publicación con oficio número 072 de 22 de enero de 1996.

Santa Fe de Bogotá, D.C., noviembre veintinueve (29) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Luis Camilo Osorio Isaza.*

Radicación número 747.

Referencia: Alcance del artículo 129 de la Constitución Política sobre prohibiciones a los servidores públicos en relación con gobiernos extranjeros y organismos internacionales.

El señor Ministro de Hacienda y Crédito Público formula a la Sala la siguiente consulta:

"Conforme al artículo 129 de la Constitución Política: "Los servidores públicos no podrán aceptar cargos, honores o recompensas de gobiernos extranjeros u organismos internacionales, ni celebrar contratos con ellos, sin previa autorización del Gobierno".

Frente a tal disposición se pregunta si la asistencia o la aceptación para participar en cursos de capacitación, seminarios, talleres o reuniones para funcionarios públicos, ofrecidos por organismos internacionales o gobiernos extranjeros, con el financiamiento total o parcial de los gastos de sostenimiento y traslado, implica incurrir en una o varias de las prohibiciones a que se refiere la norma citada".

LA SALA CONSIDERA:

ANTECEDENTES

La Constitución Política del año 1886 que rigió hasta hace 4 años, preveía disposiciones sobre la materia en términos que parcialmente recogían el contenido de la norma actual. En efecto el texto de la Carta decía:

"Artículo 66. Ningún colombiano que esté al servicio de Colombia podrá, sin permiso de su gobierno, admitir de gobierno extranjero cargo o merced alguna, so pena de perder el empleo que ejerce".

"Artículo 120. Corresponde al Presidente de la República como Jefe del Estado y suprema autoridad administrativa:

16. Dar permiso a los empleados nacionales que lo soliciten, para admitir cargos o mercedes de gobiernos extranjeros".

Los constituyentes del 91 que elaboraron varios trabajos previos a la Carta Política actual, incluyeron ponencia para primer debate, presentada por la subcomisión donde señalaron,

"Nuestra propuesta recoge los artículos 64, 65, 66 y 67 de la Constitución vigente a los cuales se les han hecho modificaciones que amplían el concepto de servidor público y precisan el ámbito de sus competencias" (Gaceta Constitucional número 68, mayo 6 de 1991, pág. 18).

Más adelante, agregó la comisión:

"En cuanto a la prohibición de aceptar cargos, honores o recompensas de gobiernos extranjeros sin autorización del gobierno, se aprobó... la expresión "ni celebrar contratos con éstos". (Gaceta Constitucional número 78 del 21 de mayo de 1991, pág. 10).

En síntesis, la Carta Política del 91 señala varios elementos adicionales a la restricción anterior y ello aparece expresado por el constituyente; entre las modificaciones pueden señalarse las siguientes:

– La actual Constitución se refiere a todos los servidores del Estado, modificando la redacción anterior que cubría "... colombiano que esté al servicio de Colombia..."

– La norma actual incorpora las expresiones "honores y recompensas" y la de "celebrar contratos"..., que no contemplaba la Constitución del 86.

– La disposición de la Carta actual agrega, además de gobiernos extranjeros, los organismos internacionales, los cuales no fueron mencionados en la anterior Constitución.

REGIMEN ACTUAL

Según el artículo 129 de la Constitución Política está prohibido a los servidores públicos recibir de gobiernos extranjeros o de organismos internacionales cargos, honores o recompensas, así como celebrar contratos con ellos, sin previa autorización del Gobierno.

El constituyente entonces, en procura de garantizar la independencia de la función pública dispuso limitar a sus servidores frente a gobiernos extranjeros y organismos internacionales, en cualquier tipo de relaciones de las allí mencionadas, sujetándolas a permiso del gobierno.

Los términos de la Constitución Política: "cargos, honores o recompensas" son extensivos a su vez con otros, "dignidad, empleo, oficio" según el significado asignado

por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, lo cual pone de manifiesto que la norma constitucional abarca distinciones de carácter inmaterial como un diploma o una condecoración, o con contenido económico o material representado en vinculación de carácter laboral, o el beneficio o premio relacionado con una actuación concreta, por ello además emplea en su redacción el término "recompensa". Igualmente, para cubrir todo el concepto de beneficio, el impedimento también se impone para celebrar contratos con gobiernos extranjeros u organismos internacionales, sin autorización previa del Gobierno Nacional.

De otro lado, el Presidente de la República de conformidad con la Constitución Política, está investido de facultades, en materias que resultan coincidentes y complementarias de la sometida a consulta, así:

> "Artículo 189. Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y suprema autoridad administrativa:
>
> ...
>
> 18. Conceder permiso a los empleados públicos nacionales que lo soliciten, para aceptar con carácter temporal, cargos o mercedes de gobiernos extranjeros" (*ibidem*).

El segundo concepto "merced", tiene el sentido, según el diccionario citado, de "premio o galardón", "dádiva o beneficio".

Los artículos 129 y 189 numeral 18, de la Constitución, no dejan duda en cuanto a que no se permite a los servidores públicos establecer vínculo de relación que signifique recibir beneficio –material o inmaterial– o celebrar contrato con gobiernos extranjeros u organismos internacionales, sin la autorización que el gobierno conceda, la cual sólo puede ser temporal, según el texto transcrito.

Por lo demás, la atribución exclusiva y excluyente que se otorga al Presidente de la República, como Jefe de Estado, de dirigir las relaciones internacionales, art. 189 numeral 2, es delicada función que no puede interferirse por la actuación de otro servidor público, que no cuente con su expresa facultad para hacerlo.

Por ello también se demanda por la Constitución Política lo siguiente:

> "los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; y ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento" (art. 123. inc. 2 *ibidem*).

La ley fundamental en el caso bajo estudio regula la actividad de los servidores públicos en la relación con gobiernos extranjeros y organismos internacionales, tiene señalamientos especializados para los diplomáticos y los militares y aún para los civiles en caso de conflicto armado.

De otro lado, la Constitución al señalar el procedimiento que debe observarse por los servidores públicos para salir del país, advierte que nadie investido de tal calidad puede dejar el territorio nacional para realizar actividades donde gobiernos extranjeros u organismos internacionales ofrezcan cargos, honores, merced, beneficios o la celebración de contratos, sin la autorización expresa del Presidente de la República.

Estas disposiciones además aparecen repetidas en la ley en términos y alcance similares, como puede leerse en el Decreto 2400 de 1968:

"Artículo 8°. A los empleados les está prohibido:

...; aceptar sin permiso del Gobierno, cargos, obsequios, invitaciones o cualquiera otra clase de prebendas provenientes de entidades nacionales o extranjeras o de otros gobiernos; ...".

Por último conviene anotar que la Ley 200 de 1995, "por la cual se adopta el Código Disciplinario Unico", cuando discrimina las prohibiciones que pesan sobre los servidores públicos se reiteran en norma idéntica:

"Artículo 41. Está prohibido a los servidores públicos:

...

3. Aceptar sin permiso de la autoridad correspondiente cargos, honores o recompensas provenientes de organismos internacionales o gobiernos extranjeros".

De tal modo los mandatos previstos en los artículos 129 y 189 numeral 18 de la Carta fueron repetidos en norma de carácter disciplinario que los convierte en prohibición y también en falta disciplinaria atribuible a los servidores públicos de conformidad con las previsiones del artículo 38 de la misma Ley 200 de 1995.

En consecuencia, toda distinción o beneficio material o no, que se otorgue por un organismo internacional o un gobierno extranjero a un servidor público sólo puede ser recibido con permiso expreso del Gobierno Nacional.

Sin embargo, debe hacerse distinción cuando el gobierno extranjero u organismo internacional ofrecen cargos, beneficios u honores, frente a otros asuntos relacionados con la autorización o permiso que deben obtener los servidores para asistir a seminarios, cursos de capacitación y otros eventos académicos. Respecto de estos últimos también es preciso distinguir que no es lo mismo concurrir como expositor o conferenciante en cuyo caso podría mediar contrato, si hay lugar a pago, distinto de cuando se tiene la simple calidad de asistente u oyente.

LEGISLACION APLICABLE A EVENTOS ACADEMICOS

Las comisiones y permisos para servidores tienen tratamiento especial por la naturaleza de las actividades y las circunstancias en que se realizan.

Existen diversas disposiciones que tienen relación con el contenido de la consulta, las cuales están vigentes y son aplicables según mandato de la Ley 27 de 1992, artículo 2°.

El Decreto-ley 2400 de 1968, señala:

"Artículo 22. A los empleados se les podrá otorgar comisiones para los siguientes fines:

... para asistir a reuniones, conferencias, seminarios y para realizar visitas.

...

El Gobierno reglamentará las condiciones, términos y procedimientos para conceder comisiones".

También en desarrollo de las disposiciones con carácter legal, el Decreto 1950 de 1973 se ocupa de la materia, así:

Artículo 76. Las comisiones pueden ser:

"a) De servicio, para ... asistir a reuniones, conferencias o seminarios o realizar visitas de observación...

b) Para adelantar estudios;

...

d) Para atender invitaciones de gobiernos extranjeros, de organismos internacionales o de instituciones privadas".

"Artículo 78. Las comisiones en el interior del país se confieren por el Jefe del organismo administrativo, o por quien haya recibido delegaciones para ello, las comisiones al exterior exclusivamente por el gobierno" (lo subrayado fuera del texto).

"Artículo 96. Las comisiones para atender invitación de gobiernos extranjeros, organismos internacionales o entidades particulares, sólo podrán ser aceptadas previa autorización del Gobierno Nacional..." (lo subrayado fuera de texto).

Al respecto el Decreto Extraordinario 1042 de 1978 en el inciso 2° del artículo 66 dispuso:

"Salvo disposición legal en contrario, las comisiones en el exterior requerirán autorización previa de la Presidencia de la República y se otorgarán mediante decreto cuando se trate del sector central. Sin embargo, el Presidente de la República podrá delegar el otorgamiento de comisiones al exterior cuya designación hubiere delegado".

La norma anterior fue reglamentada por el Decreto 1666 de 1991, en lo atinente a los aspectos en consideración, así:

"Artículo 2°. A partir de la fecha de vigencia del presente Decreto las comisiones al exterior de los empleados del sector central y de entidades descentralizadas que reciben aportes del Presupuesto Nacional, serán conferidas mediante resolución suscrita por el Ministro o Jefe del Departamento Administrativo al cual pertenezca el empleado o al cual se halle adscrito o vinculado el respectivo organismo, previa expedición del certificado de disponibilidad presupuestal correspondiente. Este último requisito no se exigirá, cuando la comisión no demande erogaciones del Tesoro".

"Artículo 5°. Las comisiones de servicios de los empleados públicos del orden nacional, que tengan por objeto la asistencia a conferencias, congresos o reuniones de carácter internacional de organismos o entidades de los cuales Colombia haga parte, deberán ser autorizadas por el Ministerio de Relaciones Exteriores...".

"Artículo 8°. Se podrá conferir comisión de estudios en el exterior... cada Ministerio o Departamento Administrativo determinará la manera de acreditar el cumplimiento de las condiciones y requisitos, así como la ejecución de las respectivas comisiones".

Las transcripciones hechas relacionan todos los trámites correspondientes precisamente a las actividades objeto de la consulta, o sea las referentes con capacitación, seminarios, talleres o reuniones con carácter eminentemente educativo, académico.

Puede entonces señalarse que la relación de los servidores públicos con gobiernos extranjeros u organismos internacionales, es susceptible de dos enfoques diferentes: el constitucional que prohibe la aceptación de cargos, honores, recompensas, dádivas o mercedes, así como la celebración de contratos sin autorización del Gobierno; y el legal, que regula reuniones académicas, seminarios y la capacitación que ofrecen y prestan aquéllos a los servidores públicos.

El primer aspecto tiene en la ley disciplinaria correspondencia represiva; el segundo se encuentra de tal manera reglamentado que cuando un servidor público sale del país es porque tiene permiso previo del Gobierno Nacional para ello.

El servidor público, entonces, puede aceptar fuera de Colombia concurrir a seminarios, talleres o reuniones de capacitación ofrecidos por organismos internacionales o gobiernos extranjeros con el permiso que al efecto le otorgue el Ministro competente o el director del respectivo Departamento Administrativo, advirtiendo que en el exterior la relación que así se genera no puede derivar en aceptación de cargos, honores, recompensas, dádivas o cualquier tipo de mercedes o celebración de contratos que comprometan al funcionario con gobierno extranjero o entidad internacional.

De acuerdo con lo expuesto, los seminarios, cursos de capacitación, talleres y reuniones patrocinados por otros países u organismos internacionales no tienen significación de cargo, honor o recompensa, ni tampoco son mercedes, ni constituyen celebración de contratos; entonces, la participación en estas reuniones y la concurrencia a tales eventos no corresponden a ninguna conducta de las previstas en la Constitución Política. Sin embargo, si se trata de eventos realizados fuera del país, las autorizaciones para los desplazamientos imponen el cumplimiento de los requisitos exigidos en las disposiciones vigentes respecto de las comisiones y permisos según el caso, los cuales son previos y también son impartidos por el Gobierno.

Las consideraciones expuestas permiten concluir de manera general, que los servidores públicos no están obligados a pedir permiso para aceptar de gobiernos extranjeros u organismos internacionales, esta clase de seminarios, cursos de capacitación o talleres por cuanto ellos no constituyen privilegio o beneficio de los previstos en la Constitución Política, sino apenas colaboraciones e intercambio de carácter educativo, pedagógico o académico; sin embargo cuando ellos se realicen fuera del país, en todo caso los servidores públicos deben obtener permiso otorgado según los trámites de la legislación vigente.

LA SALA RESPONDE:

La aceptación y asistencia por parte de servidores públicos para participar en cursos de capacitación, seminarios, talleres o reuniones a los cuales inviten gobiernos extranjeros u organismos internacionales, no están comprendidos dentro de los artículos 129 y 189 numeral 18 de la Constitución Política, por cuanto estas normas se refieren a otro género de beneficios consistentes en cargos, honores o recompensas; o en la celebración de contratos.

Sin embargo, en todo caso los servidores públicos deben observar el trámite legal previo para la obtención del permiso o comisión correspondientes, cuando se trate de eventos fuera del país.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a los señores Ministro de Hacienda y Crédito Público y Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

Roberto Suárez Franco, Presidente de la Sala; *Javier Henao Hidrón, Luis Camilo Osorio Isaza, César Hoyos Salazar.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

CONSULTA NUMERO 754
(29 de noviembre de 1995)

SERVICIO PUBLICO DE ENERGIA ELECTRICA - Consumo de subsistencia / SUBSIDIO DE CONSUMO DE ELECTRICIDAD- Beneficiarios.

El legislador entiende por "consumo de subsistencia: la cantidad mínima requerida de electricidad para satisfacer las necesidades básicas de una familia; podría agregarse además, que corresponde a uno de los tres primeros estratos socioeconómicos. Esta disposición tiene directamente el propósito de regular los subsidios de consumo de electricidad en términos que cubran las necesidades básicas de las personas de menores ingresos, en desarrollo de la Ley 143 de 1994, hace precisiones dirigidas a individualizar estos grupos humanos y a determinar lo que debe considerarse por consumo de subsistencia. En cuanto a lo primero prescribe que los subsidios están dirigidos a favorecer los estratos socioeconómicos I, II y III, y en lo referente a la cantidad de electricidad que ha de reputarse consumo de subsistencia, determinó la cantidad de 200 Kwhm por mes.

Autorizada su publicación el 15 de diciembre de 1995.

MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA – Funciones / SUBSIDIO DE CONSUMO DE ELECTRICIDAD – Determinación del monto.

El contenido del artículo 67.4 de la Ley 142 de 1994 que otorga al Ministerio de Minas y Energía funciones, en relación con el monto de los subsidios de subsistencia para el consumo de electricidad, se encuentra vigente. La disposición debe cumplirse dentro de los límites establecidos por la Ley 188 de 1995 y con observancia de lo estatuido en la Ley 143 de 1994. La excepción prevista en el numeral 4.1.3.5 de la Ley 188 de 1995, según la cual las entidades territoriales "... que desde antes del 1° de noviembre de 1994, estuvieran, y a la fecha de la promulgación de estas ley continúan aplicando un consumo de subsistencia inferior..." indica que para ellas los montos inferiores, cercanos a los 130 kwhm continuarán rigiendo, hasta que una nueva legislación (proyecto de Ley 121/95) de los

subsidios señale límites distintos para los llamados consumos de subsistencia.

Autorizada su publicación el 15 de diciembre de 1995.

Santa Fe de Bogotá, D.C., noviembre veintinueve (29) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Luis Camilo Osorio Isaza.*

Radicación número 754.

Referencia: Subsidios por consumo de electricidad. Entidad competente para calcularlos. (Art. 67.4 de la Ley 142 de 1994 y numeral 4.1.3.5 de la Ley 188 de 1995).

El señor Ministro de Minas y Energía ha formulado a la Sala la siguiente consulta:

"Forma de aplicar el numeral 4.1.3.5 de la Ley 188 de 1995, el cual dice:

... "Inversión social (subsidios): es un programa destinado a cubrir el valor de los subsidios por consumo de electricidad y hasta el consumo de subsistencia, de los usuarios ubicados en los estratos socioeconómicos, I, II, III y en un todo de acuerdo con lo estatuido en la Ley 143 de 1994. Para tal efecto manténgase en los 200 kwhm el consumo de subsistencia para los usuarios del sector eléctrico en todo el territorio de la Nación, exceptuando aquellas entidades territoriales que desde el 1° de noviembre de 1994 estuvieran, y a la fecha de la promulgación de esta ley continúan aplicando un consumo de subsistencia inferior, y hasta tanto, por ley, cuyo proyecto presentará el Gobierno dentro de los próximos cuatro (4) meses, se fijen, teniendo en cuenta los distintos factores que inciden en el uso de la energía, el consumo de subsistencia para cada una de las regiones del país...".

Nuestra inquietud radica en dos aspectos:

Primero, para la estimación de subsidios en 1993 y 1994, no han sido las entidades territoriales, sino el propio Ministerio de Minas y Energía, el que se ha encargado de aplicar el concepto de consumo a subsidiar o consumo de subsistencia, para estimar las transferencias para cancelar los subsidios a cada electrificadora en las distintas regiones, con cargo al presupuesto nacional, según lo establecido por el artículo 67.4 de la Ley 142 de 1994. Seguiría este enfoque vigente teniendo en cuenta el numeral 4.1.3.5 de la Ley 188 de 1995.

Segundo, durante los dos (2) años anteriores, a ninguna entidad territorial se le aplicó un consumo de subsistencia de 200 kwhm, sino un monto muy inferior a este nivel, ligeramente diferente para cada mercado y en promedio igual a 130 kwhm. De este modo, lo que la Ley 188 de 1995 consagra como excepción,

constituyó la regla general para la aplicación que hace el Ministerio al consumo de subsistencia.

Dado lo anterior, la consulta al honorable Consejo de Estado se dirige a redefinir el alcance del artículo 67.4 de la Ley 142 de 1994, a la luz del numeral 4.1.3.5 de la Ley 188 de 1995, con el fin de señalar la entidad competente para calcular los subsidios a cargo del presupuesto nacional y con destino a las entidades territoriales.

Igualmente se busca un pronunciamiento de la misma corporación para precisar si es viable, desde el punto de vista legal, continuar aplicando, al amparo de la excepción contemplada en el numeral 4.1.3.5 de la Ley 188 de 1995, el mismo nivel de consumo de subsistencia utilizado en años anteriores, el cual varia ligeramente de región a región, con promedio igual a 130 kwhm".

LA SALA CONSIDERA:

ANTECEDENTES

Acerca de la materia relacionada con los consumos mínimos y los subsidios, es conveniente una síntesis de los aspectos referidos en cada una de las leyes objeto del tema, así:

La Ley 142 de 1994 define los subsidios y quienes son beneficiarios de ellos.

La Ley 143 de 1994 determina la limitación o ampliaciones respecto de la cobertura de subsidios fijada en la ley anterior.

La Ley 188 de 1995 del plan de desarrollo determina niveles para el llamado consumo de subsistencia y ordena presentar proyecto de ley que regule la materia.

REGIMEN VIGENTE

La Ley 142 de 1994 en el artículo 67.4 otorgó a los Ministros de Minas y Energía, de Comunicaciones y de Desarrollo Económico algunas funciones en relación con los servicios públicos de energía y de gas combustible, telecomunicaciones, agua potable y saneamiento básico respectivamente, entre las cuales la señalada en el siguiente numeral:

"Artículo 67.4. Identificar el monto de los subsidios que debería dar la Nación para el respectivo servicio público, y los criterios con los cuales deberían asignarse y hacer las propuestas del caso durante la preparación del presupuesto de la Nación".

Más adelante de Ley 143 de 1994 fijó respecto del servicio de electricidad los principios que debían gobernar el establecimiento de los subsidios, y dispuso:

"Artículo 6°. Las actividades relacionadas con el servicio de electricidad se regirán por principio de eficiencia, calidad, continuidad, adaptabilidad, neutralidad, solidaridad y equidad".

Así mismo, la norma transcrita definió el principio de solidaridad en el inciso 7° señalando que:

"Artículo 6.7. Por principio de solidaridad y redistribución del ingreso se entiende que al diseñar el régimen tarifario se tendrá en cuenta el establecimiento de unos factores para que los sectores de consumo de mayores ingresos ayuden a que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los consumos de electricidad que cubran sus necesidades básicas" (*ibidem*).

Por otra parte el artículo 44 de la misma Ley 143 de 1994 reitera el sistema de subsidio diseñado, puntualizando que:

"Artículo 44. El régimen tarifario para usuarios finales regulados de una misma empresa estará orientado por los criterios de eficiencia económica, suficiencia financiera, rentabilidad, solidaridad y redistribución del ingreso, simplicidad y transparencia.

Precisando en su inciso 6° que:

"En virtud del principio de solidaridad y redistribución del ingreso, las autoridades competentes al fijar el régimen tarifario tendrán en cuenta el mandato consagrado en el artículo 6°, inciso 7° de esta ley".

De otro lado, la obligatoriedad del subsidio por parte del Estado está garantizada por la siguiente disposición:

"Artículo 47. En concordancia con lo establecido en el literal h) del artículo 23 y en el artículo 6° de la presente ley, aplíquense los factores para establecer el monto de los recursos que los usuarios residenciales de estratos altos y los usuarios no residenciales deben hacer aportes que no excederán del 20% del costo de prestación del servicio para subsidiar los consumos de subsistencia de los usuarios residenciales de menores ingresos.

El faltante de los dineros para pagar la totalidad de los subsidios será cubierto con recursos del presupuesto nacional, ...".

Las Leyes 142 y 143 de 1994 al ocuparse de la manera como se establecen las tarifas del servicio público de energía eléctrica, dispuso subsidios de consumo básico, para las personas de menores ingresos, que serían cubiertos por los sectores de consumo de mayores ingresos, dejando a cargo del Ministerio de Minas y Energía la "identificación" del monto correspondiente que, en todo caso se pagará por el presupuesto general de la Nación; de otro lado ordenó que deberá atender los principios orientadores consignados en la ley.

En aplicación de los presupuestos señalados, durante los años de 1993 y 1994, el Ministerio de Minas y Energía determinó diferencialmente para las entidades territoriales consumos de subsistencia "ligeramente diferentes para cada mercado y en promedio igual a 130 kwhm".

Partiendo de esta realidad surge en el Ministerio de Minas y Energía la situación planteada en la consulta que tiende a buscar la forma correcta de aplicación del numeral 4.1.3.5 de la Ley 188 de 1995.

En primer término debe señalarse qué entiende el legislador por "consumo de subsistencia": la cantidad mínima requerida de electricidad para satisfacer las necesidades básicas de una familia; podría agregarse además, que corresponde a uno de los tres primeros estratos socioeconómicos.

Esta disposición tiene directamente el propósito de regular los subsidios de consumo de electricidad en términos que cubran las necesidades básicas de las personas de menores ingresos, en desarrollo de la Ley 143 de 1994, hace precisiones dirigidas a individualizar estos grupos humanos y a determinar lo que debe considerarse por consumo de subsistencia. En cuanto a lo primero prescribe que los subsidios están dirigidos a favorecer los estratos socioeconómicos I, II y III, y en lo referente a la cantidad de electricidad que ha de reputarse consumo de subsistencia, determinó la cantidad de 200 kwhm por mes.

De conformidad con las manifestaciones del Ministerio consignadas en la consulta, el consumo de subsistencia fijado en 200 kwhm resulta superior a lo que se venía aplicando, que era un promedio de 130 kwhm, y ello contribuye a generar los interrogantes formulados respecto de la aplicabilidad de la facultad contemplada en el artículo 67.4 de la Ley 142 de 1994, habida cuenta de la norma en referencia del numeral 4.1.3.5 de la Ley 188 de 1995.

Sin embargo, a pesar de la aparente contradicción, existe armonía entre las disposiciones en cuestión.

En efecto, la atribución conferida por la Ley 142 de 1994 de "identificar el monto de los subsidios", se entiende que permanece incólume aunque ya los criterios para proceder sean menos amplios debido a la última reglamentación de la Ley 188 de 1995.

Con todo, debe observarse que el numeral 4.1.3.5 de la Ley 188 de 1995 tiene fundamentalmente efectos hacia el futuro, toda vez que exceptúa del rango de consumo de subsistencia de 200 kwhm "aquellas entidades territoriales que desde antes del 1° de noviembre de 1994 estuvieran, y a la fecha de la promulgación de esta ley continúan aplicando un consumo de subsistencia inferior", mientras en una ley de iniciativa gubernamental que debió presentarse dentro de los siguientes cuatro meses, es decir hasta el 2 de octubre próximo pasado, se fije un consumo de subsistencia distinto si fuere el caso, siempre sobre la base de los particulares factores que inciden en el uso de la energía en cada una de las regiones del país. En efecto, actualmente se tramita el proyecto de ley número 121 sobre la materia.

La facultad de identificar el monto de los subsidios otorgada al Ministro de Minas y Energía sigue teniendo vigencia en los mismos términos, pero con observancia de la ley que aumentó la cantidad subsidiable hasta 200 kwhm en los territorios que antes del 1° de noviembre de 1994 no tuvieren asignado un monto menor. En consecuencia, en desarrollo de la misma norma, continúan los subsidios en nivel inferior para las entidades territoriales que para la fecha señalada ya lo tenían establecido y ello hasta tanto la nueva ley disponga otra forma de proceder.

Es preciso tener presente que, siendo identificar sinónimo de unificar, sólo el Ministro de Minas y Energía, en lo atinente al servicio público domiciliario de electricidad, podrá luego de tal procedimiento, determinar el nivel de "consumo de subsistencia" para las diferentes entidades territoriales.

LA SALA RESPONDE:

1. El contenido del artículo 67.4 de la Ley 142 de 1994 que otorga al Ministerio de Minas y Energía funciones, en relación con el monto de los subsidios de subsistencia para el consumo de electricidad, se encuentra vigente. La disposición debe cumplirse dentro de los límites establecidos por la Ley 188 de 1995 y con observancia de lo estatuido en la Ley 143 de 1994.

2. La excepción prevista en el numeral 4.1.3.5 de la Ley 188 de 1995, según la cual las entidades territoriales "... que desde antes del 1° de noviembre de 1994 estuvieran, y a la fecha de la promulgación de esta ley continúan aplicando un consumo de subsistencia inferior..." indica que para ellas los montos inferiores, cercanos a los 130 kwhm continuarán rigiendo, hasta que una nueva legislación de los subsidios señale límites distintos para los llamados consumos de subsistencia.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a los señores Ministro de Minas y Energía y Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

Roberto Suárez Franco, Presidente de la Sala; *Javier Henao Hidrón, Luis Camilo Osorio Isaza, César Hoyos Salazar.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

NOTA DE RELATORIA: Sobre subsidios en servicios públicos puede consultarse el concepto 807 del 15 de abril de 1996, con ponencia del doctor Roberto Suárez Franco, y sobre criterios de entrega y recibo de facturación de servicios públicos contenido en la Resolución 1180 del 21 de noviembre de 1995 de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios puede consultarse el auto del 2 de mayo de 1996, exp. 3703, Consejero Ponente: Doctor *Ernesto Rafael Ariza Muñoz,* Actor: Héctor Emilio Pacheco.

NOTA DE RELATORIA: Sobre los subsidios en servicios públicos puede consultarse el concepto 807 del 15 de abril de 1996, con ponencia del doctor Roberto Suárez Franco y sobre criterios de entrega y recibo de facturación de servicios públicos contenido en la Resolución 1180 del 21 de noviembre de 1995 de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios puede consultarse el auto del 2 de mayo de 1996. Exp. 3703, Consejero Ponente: Doctor *Ernesto Rafael Ariza Muñoz.* Actor: Héctor Emilio Pacheco.

CONSULTA NUMERO 750

(diciembre 4 de 1995)

RED DE AREAS EXCLUSIVAS DE CONDUCCION DE GAS - Contrato especial para la gestión de servicio público / SERVICIO PUBLICO DOMICILIARIO DE GAS - Régimen especial aplicable / COMISION DE REGULACION DE ENERGIA Y GAS – Reglamentación de contratos especiales.

Los contratos a que se refiere los artículos 174 y 40 de la Ley 142 de 1994 son contratos sometidos a régimen especial; constituyen una modalidad especial del contrato de concesión para la gestión y prestación de un servicio público. Las leyes que regulan la formación de los contratos están contenidas en las disposiciones citadas en el punto anterior, y los Decretos Reglamentarios 1051 y 1167 de 1995, incluyendo la selección de los contratistas por la aplicación del procedimiento especial de invitación pública y con sujeción al deber de selección objetiva. Además se aplican las reglas del derecho privado, en cuanto la Constitución o la ley no dispongan expresamente lo contrario (artículo 32 de la Ley 142 de 1994). El restablecimiento del equilibrio contractual debe determinarse teniendo en cuenta los criterios de la comisión de regulación cuando, por vía general, defina los lineamientos y las condiciones que rigen los contratos especiales referentes a áreas de servicio exclusivo, con fundamento en los artículos 333 de la Constitución Política, 27 y 28 de la Ley 80 de 1993. En consecuencia, estos contratos se rigen conjuntamente por las disposiciones de la Ley 142 de 1994, los Decretos 1051 y 1167 de 1995 y las normas del derecho privado que gobiernan la contratación especial para la gestión de los servicios públicos de conformidad con el parágrafo del artículo 39 de la Ley 142 de 1994, ya mencionado. Finalmente preocupa a la Sala las repetidas excepciones que han surgido al estatuto general de Contratación Pública (Ley 80 de 1993) que como su nombre lo indica, comprende un régimen para su aplicación, en todos los casos, de manera general. En este caso, se revive, en esencia la licitación privada al admitir la invitación pública, apartándose de los principios generales como el de la transparencia, cuyo cumplimiento con esta modalidad resulta precario.

AUTORIZADA LA PUBLICACION: Con oficio número 101315 de 19 de diciembre de 1995.

Santa Fe de Bogotá, D. C., diciembre cuatro (4) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Luis Camilo Osorio Isaza.*

Radicación número 750.

Referencia: Contratos para la prestación de servicio público domiciliario de gas combustible por red en áreas exclusivas. (Artículos 174 y 40 de la Ley 142 de 1994; Ley 80 de 1993).

El Ministro de Minas y Energía formuló a la Sala la siguiente consulta:

"1. ¿Cuál es la naturaleza de los contratos a que se refieren los artículos 174 y 40 de la Ley 142 de 1994?

a) ¿Son contratos de naturaleza especial y autónoma?;

b) ¿Son contratos especiales de concesión para la gestión y prestación de un servicio público?;

c) ¿Son de otra naturaleza?

2. De conformidad con la respuesta al interrogante anterior, ¿cuáles serán las leyes que regulan la formación de los contratos (incluyendo la selección de los contratistas)?

3. ¿Cuál sería el régimen legal que se aplicaría para el desarrollo de las obligaciones del contrato?

4. ¿El restablecimiento del equilibro contractual de estos contratos se regula por la Ley 80 de 1993, o por cuáles disposiciones?

ANTECEDENTES

"1. La Ley 142 de 1994, "por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios", en su artículo 174 dispone:

Artículo 174. *Areas de servicio exclusivo para gas domiciliario.* Por motivos de interés social y con el propósito de que la utilización racional del recurso gas natural, permita la expansión y cobertura del servicio a las personas de menores recursos, por un término de veinte (20) años, contados a partir de la vigencia de esta ley, el Ministerio de Minas y Energía podrá otorgar las áreas de servicio exclusivo para la distribución domiciliaria del gas combustible por red, de acuerdo con las disposiciones contenidas en el artículo 40 de esta ley.

Parágrafo 1°. Es obligación del Ministerio de Minas y Energía, al estudiar y otorgar los contratos de que trata el presente artículo, contemplar que en dichas áreas se incluyan programas de masificación y extensión del servicio público de gas combustible en aquellos sectores cuyos inmuebles residenciales pertenezcan a la categoría I, II ó III de la estratificación socioeconómica vigente al momento de hacerse la instalación. En los contratos existentes al momento de entrar en vigencia la presente ley, el Ministerio de Minas y Energía propenderá porque las empresas contratistas alcancen los niveles de masificación deseables en cumplimiento del presente artículo.

Parágrafo 2°. Para la consecución de los objetivos establecidos en el presente artículo, se aplicarán los criterios establecidos en los artículos 97 y 99 de la presente ley".

2. El artículo 40, de la Ley 142 de 1994, dispone:

Artículo 40. *Areas de servicio exclusivo.* Por motivos de interés social y con el propósito de que la cobertura de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado, saneamiento ambiental, distribución domiciliaria de gas combustible por red y distribución domiciliaria de energía eléctrica, se pueda extender a las personas de menores ingresos, la entidad o entidades territoriales competentes, podrán establecer mediante invitación pública, áreas de servicio exclusivas, en las cuales podrá acordarse que ninguna otra empresa de servicios públicos pueda ofrecer los mismos servicios en la misma área durante un tiempo determinado. Los contratos que se suscriban deberán en todo caso precisar el espacio geográfico en el cual se prestará el servicio, los niveles de calidad que debe asegurar el contratista y las obligaciones del mismo respecto del servicio. También podrán pactarse nuevos aportes públicos para extender el servicio.

Parágrafo 1°. La comisión de regulación respectiva definirá, por vía general, cómo se verifica la existencia de los motivos que permiten la inclusión de áreas de servicio en los contratos; definirá los lineamientos generales y las condiciones a las cuales deben someterse ellos; y, antes de que se abra una licitación que incluya estas cláusulas dentro de los contratos propuestos, verificará que ellas sean indispensables para asegurar la viabilidad financiera de la extensión de la cobertura a las personas de menores ingresos.

Parágrafo 2°. Si durante la vigencia de estos contratos surgieron condiciones que permitan reducir los costos de prestación del servicio para un grupo de usuarios del área respectiva, las comisiones de regulación podrán permitir la entrada de nuevos oferentes a estas áreas, o la salida de un grupo de usuarios para que otro oferente le preste el servicio, manteniendo de todas formas el equilibrio económico del contrato de quien ostentaba el derecho al área de servicio exclusivo. Sin perjuicio de lo anterior, al cabo de un tiempo de celebrado el contrato la entidad pública que lo firmó podrá abrir una nueva licitación respecto del mismo contrato

y si la gana una empresa distinta de aquella que tiene la concesión estará obligada a dejar indemne a ésta, según metodología que definirá previamente la comisión de regulación respectiva. Esta misma regla se aplicará a los contratos de concesión de gas que contengan cláusulas de áreas de servicio exclusivo".

3. El numeral 4° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 dispone:

4. **Contrato de concesión**

Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión total o parcial de un servicio público..., así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en... tarifas...".

LA SALA CONSIDERA:

Los principios que orientan el análisis para establecer la naturaleza de los contratos consagrados en los artículos 174 y 40 de la Ley 142 de 1994 se encuentran establecidos en el Título II de este mismo estatuto, "Régimen de Actos y Contratos de las Empresas", que incluye las normas generales y sobre contratos especiales para la gestión de los servicios públicos.

Las normas generales consignan en el artículo 30 principios rectores de la contratación de las Empresas de Servicios Públicos, que de conformidad con el artículo 333 de la Constitución Política rigen en general la actividad económica y la iniciativa privada del país, según los cuales "dentro de los límites del bien común" se garantiza la libre competencia, impidiendo abusos de la posición dominante y cuidando de favorecer la continuidad y calidad en la prestación de los servicios.

Siguiendo el criterio de la especialidad, los artículos 31 y 32 subsiguientes precisan la concordancia que la actividad contractual en esta materia ha de guardar con el Estatuto General de Contratación del Estado, remitiendo el primero al parágrafo 1° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 que sujeta los procedimientos a disposiciones legales y reglamentación particulares, propias de unas actividades y señalando expresamente el segundo, que:

"Salvo en cuanto la Constitución Política o esta ley dispongan expresamente lo contrario, la Constitución, y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo dispuesto en esta ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado.

La regla precedente se aplicará, inclusive, a las sociedades en las que las entidades públicas sean parte, sin atender al porcentaje que sus aportes representen dentro del capital social, ni a la naturaleza del acto o del derecho que se ejerce.

Se entiende que la autorización para que una entidad pública haga parte de una empresa de servicios públicos organizada como sociedad por acciones, faculta a su representante legal, de acuerdo con los estatutos de la entidad, para realizar respecto de la sociedad, las acciones y los derechos inherentes a ellas y todos los actos que la ley y los estatutos permiten a los socios particulares".

Atendiendo los lineamientos expuestos, el Capítulo II de la Ley 142 de 1994, consagró "contratos especiales para la gestión de los servicios públicos" regidos por disposiciones propias acordes con la naturaleza de cada uno de ellos. Así en los artículos 39 y 40, se discriminan los siguientes contratos:

– Contratos de concesión para el uso de recursos naturales o del medio ambiente que incluyen los de aguas y los referentes al acceso al espectro electromagnético (art. 39.1).

– Contratos de administración profesional de acciones (art. 39.2).

– Contratos de las entidades oficiales para transferir la propiedad o el uso y goce de los bienes destinados a los servicios públicos; o concesiones o similares; o para encomendar a terceros cualquiera de las actividades que ellas hayan realizado para prestar los servicios públicos; o para permitir que uno o más usuarios realicen las obras necesarias para recibir un servicio que las entidades oficiales estén prestando; o para recibir de uno o más usuarios el valor de las obras necesarias para prestar un servicio que las entidades oficiales estén prestando; o para pagar con acciones de empresas los bienes o servicios que reciban (art. 39.3).

– Contratos que regulen el acceso compartido o la interconexión de bienes indispensables para la prestación de servicios públicos entre entidades prestadoras de servicios públicos o de éstas con grandes proveedores o usuarios (art. 39.4).

– Contratos para la extensión de la prestación de un servicio público que en principio sólo beneficia a una persona (art. 39.5).

– Contratos relacionados con áreas de servicio exclusivo (art. 40).

En relación con el régimen legal que debe observarse en la realización de los mencionados contratos el parágrafo del artículo 39 en referencia establece que a excepción de aquellos contemplados en el artículo 39.1 los demás relacionados en la disposición se rigen por el derecho privado con las salvedades consignadas en el parágrafo según las cuales los previstos en los numerales 39.1, 39.2 y 39.3 no podrán ser cedidos a ningún título ni podrán darse como garantía, ni ser objeto de ningún otro contrato, sin previa y expresa aprobación de la otra parte.

En cuanto al contenido del artículo 40 *ibidem,* titulado "áreas de servicio exclusivo", se observa que su intención es facilitar que la cobertura de algunos servicios públicos incluido el de distribución domiciliaria de gas combustible por red, para que

llegue efectivamente a las personas de menores ingresos, lo cual simplifica el proceso de contratación estatal introduciendo la "invitación pública"; así se establece una forma especial de contratación para prestar servicios a ciertas áreas geográficas.

Esta modalidad tiene las siguientes particularidades, siguiendo la descripción del artículo 40 mencionado:

– "Establece áreas de servicio exclusivo en las cuales podrá acordarse que ninguna otra empresa de servicios públicos pueda ofrecer los mismos servicios en la misma área durante un tiempo determinado".

– "Los contratos que se suscriban deberán en todo caso precisar el espacio geográfico en el cual se prestará el servicio, los niveles de calidad que debe asegurar el contratista y las obligaciones del mismo respecto del servicio".

– La "licitación pública" se sustituye por la "invitación pública" con el fin de facilitar una forma especial de contratación del servicio en determinados sectores.

– Además en estas divisiones territoriales "también podrán pactarse nuevos aportes públicos para extender el servicio".

De acuerdo con lo analizado, los contratos que se suscriban con los fines señalados, por sus especiales características, se regulan de manera distinta a la generalidad de los contratos estatales. Ello es lo que se presenta en el texto del artículo 40 referido, conjuntamente con sus parágrafos 1° y 2°, en los que además, se destaca el carácter extraordinario de esta clase de convenciones, se prevé una "comisión de regulación" (artículos 68, 69.2 y 74.1, *ibidem*) para que señale cómo se verifica la existencia de los motivos que permiten la inclusión de áreas de servicio exclusivo en los contratos y defina los lineamientos generales y las condiciones a las cuales éstos deben someterse y, antes de que se abra una licitación que incluya estas cláusulas dentro de los contratos propuestos, verifique que ellas sean necesarias para asegurar la viabilidad financiera de la extensión de la cobertura a las personas de menores ingresos para que se adopten los procedimientos propios de tales actuaciones.

Lo anterior significa que la comisión de regulación determina los reglamentos generales a que deben someterse los contratos relativos a áreas de servicio exclusivo, y luego estudia "antes de que se abra una licitación" el caso particular para establecer si se trata de un contrato del tipo de los comentados y verificado que ello es así, aplicar los reglamentos especiales. Sólo un alcance de la disposición semejante, explica que en una misma norma se establezca sistema distinto en la contratación estatal como es la "invitación pública" y al mismo tiempo se mencione la "licitación pública" buscando que, antes de efectuarse esta se compruebe la existencia de circunstancias propias de los contratos especiales referentes a áreas de servicio exclusivo, lo cual por lo demás se justifica procediendo de conformidad, constatada la presencia de tales características, con la formulación de la invitación pública, en lugar de la licitación pública.

Las consideraciones anteriores coinciden con los planteamientos de la consulta que explican cómo el Gobierno Nacional entiende "que el procedimiento de invitación pública previsto por la ley para establecer áreas exclusivas es distinto del de licitación o concurso regulados por la Ley 80 de 1993", y así mismo armonizan con la motivación del Decreto 1051 de 1995, adicionado por el Decreto 1167 de 1995, con los cuales se reglamentó el trámite para la contratación de áreas exclusivas en la prestación del servicio público de distribución de gas combustible por red, donde específicamente se expone:

> "... Que como excepción al principio anteriormente enunciado (de que las empresas de servicios públicos en el cumplimiento de su función obren con plena libertad sometiéndose a las regulaciones existentes sobre la materia), la misma Ley 142 de 1994 en sus artículos 40 y 174, autoriza al Ministerio de Minas y Energía para que, por motivos de interés social y con el propósito de que la utilización del gas natural permita la expansión de la cobertura del servicio a las personas de menores ingresos, otorgue áreas exclusivas de servicio para la distribución domiciliaria de gas combustible por red, en las cuales podrá acordarse que ninguna otra empresa de servicios públicos pueda ofrecer los mismos servicios en la misma área durante un tiempo determinado;
>
> Que los contratos de áreas para la prestación del servicio público domiciliario de distribución de gas combustible por red previstos en los artículos 40 y 174 de la Ley 142 de 1994 constituyen una modalidad particular de contratos propias del régimen de servicios públicos, al igual que la invitación pública que debe emplearse como mecanismo para la selección de los contratistas, por lo cual se hace imperativo expedir una reglamentación que rija su proceso de contratación..." (lo subrayado fuera del texto).

La Sala estima válidos los argumentos para respaldar las normas reglamentarias de la Ley 142 de 1994 que, determina la modalidad de "invitación pública, para el establecimiento de áreas de servicio exclusivo y señala la contratación especial a su respecto; siendo claro sobre este último punto el parágrafo 1° de la disposición cuando ordena que la comisión de regulación tiene a su cargo definir los lineamientos generales y las condiciones a los cuales deben someterse los contratos que tengan relación con el punto.

En todo caso, los lineamientos generales que la comisión de regulación tiene a su cargo determinar, deberán orientarse en los principios constitucionales que rigen la actividad económica y la iniciativa privada en el país, y en los desarrollos que de aquéllos hace la ley respetando el criterio de la especialidad. En cuanto las disposiciones especiales no hagan referencia a aspectos básicos esenciales al sistema de contratación, éstos deberán tomarse de los fundamentos que sobre la materia tiene establecidos el estatuto general de contratación administrativa (Ley 80 de 1993), como en el presente caso tiene que ocurrir en lo referente al equilibrio contractual que si

bien puede entenderse que en forma general está comprendido en la reglamentación del Decreto 1051 de 1995, para citarlo expresamente debe recurrirse a los artículos 27 y 28 de la Ley 80 de 1993.

El Decreto 1051 de 1995 puntualiza los requisitos para que proceda la invitación pública y para que quienes estén interesados en la prestación del servicio público de gas combustible por red en áreas de servicio exclusivo, presenten sus propuestas dentro de los términos y condiciones que se especifiquen en la convocatoria.

El estatuto dispone sobre el particular lo siguiente:

"Artículo 3°. *Iniciación del trámite.* Cuando el Ministerio de Minas y Energía considere que es procedente la celebración de contratos de áreas exclusivas para la prestación del servicio público de gas combustible por red, solicitara a la Empresa Colombiana de Petróleos, Ecopetrol, certificación de disponibilidad del gas combustible, presión, sitio y fecha de entrega.

De igual forma, el Ministerio de Minas y Energía solicitara el pronunciamiento de la Comisión de Regulación de Energía y Gas, de acuerdo con el artículo 40 de la Ley 142 de 1994, relativo a la viabilidad financiera de la extensión de la cobertura a las personas de menores ingresos en el área respectiva.

De igual forma, el Ministerio de Minas y Energía mediante resolución invitará públicamente a los interesados, para que presenten las propuestas respectivas".

"Artículo 4°. *Contenido de la invitación o aviso público.* En el aviso público el Ministerio indicará –como mínimo– las áreas exclusivas a contratar, la disponibilidad y volumen de gas; la posible fecha de entrega del gas en puerta de ciudad o de sitio de entrega; la presión de entrega; la fecha y sitio donde se podrán adquirir los términos de referencia, su valor y el plazo para presentar las propuestas. Igualmente se señalará fecha y hora para que las personas que hayan adquirido los términos de referencia, soliciten información adicional, aclaraciones, presenten observaciones, que podrán ser acogidas a juicio del Ministerio".

Además de lo anterior la reglamentación se extiende a todos los aspectos relacionados con los trámites previos a la celebración del contrato, sus cláusulas, perfeccionamiento y ejecución del mismo, y a otras situaciones relacionadas con la duración y vigilancia, organizando un método completo de contratación para áreas exclusivas en la prestación del servicio público de gas combustible por red.

En consecuencia, estos contratos se rigen conjuntamente por las disposiciones de la Ley 142 de 1994, los Decretos 1051 y 1167 de 1995 y las normas del derecho privado que gobiernan la contratación especial para la gestión de los servicios públicos de conformidad con el parágrafo del artículo 39 de la Ley 142 de 1994, ya mencionado.

Los Decretos 1051 y 1167 de 1995 establecen las exigencias para la contratación sobre áreas de servicio exclusivo y determinan la invitación pública como una

nueva forma de carácter especial aplicable en estos trámites. Como los actos administrativos son obligatorios mientras no se anulen o suspendan, de conformidad con el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, la Sala estima que las normas en cuestión deben aplicarse.

Finalmente preocupa a la Sala las repetidas excepciones que han surgido al Estatuto General de Contratación Pública (Ley 80 de 1993) que como su nombre lo indica, comprende un régimen para su aplicación, en todos los casos, de manera general. En este caso, se revive, en esencia la licitación privada al admitir la invitación pública, apartándose de los principios generales como el de la transparencia, cuyo cumplimiento con esta modalidad resulta precario.

LA SALA RESPONDE:

1. Los contratos a que se refieren los artículos 174 y 40 de la Ley 142 de 1994 son:

– Contratos sometidos a régimen especial.

– Constituyen una modalidad especial del contrato de concesión para la gestión y prestación de un servicio público.

2. Las leyes que regulan la formación de los contratos están contenidas en las disposiciones citadas en el punto anterior, y los Decretos Reglamentarios 1051 y 1167 de 1995, incluyendo la selección de los contratistas por la aplicación del procedimiento especial de invitación pública y con sujeción al deber de selección objetiva. Además se aplican las reglas del derecho privado, en cuanto la Constitución o la ley no disponga expresamente lo contrario (artículo 32 de la Ley 142 de 1994).

3. El régimen aplicable para el cumplimiento de las obligaciones de los contratos, es el señalado en el punto anterior.

4. El restablecimiento del equilibrio contractual debe determinarse teniendo en cuenta los criterios de la comisión de regulación cuando, por vía general, defina los lineamientos y las condiciones que rigen los contratos especiales referentes a áreas de servicio exclusivo, con fundamento en los artículos 333 de la Constitución Política, 27 y 28 de la Ley 80 de 1993.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a los señores Ministro de Minas y Energía y Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

Roberto Suárez Franco, Presidente de la Sala; *Javier Henao Hidrón, Luis Camilo Osorio Isaza, César Hoyos Salazar.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

CONSULTA NUMERO 756

(4 de diciembre de 1995)

PODER DISCIPLINARIO - Titularidad / POTESTAD DISCIPLINARIA DE LA ADMINISTRACION - Control interno disciplinario / CONTROL DISCIPLINARIO EXTERNO - Competencia del Procurador General.

El poder disciplinario conlleva al control disciplinario que en nuestro medio tiene dos grandes ámbitos de aplicación: uno, el de la potestad sancionadora de la administración de carácter interno, por medio de la cual el nominador o el superior jerárquico investiga la conducta administradora de su subordinado y en caso de que sea procedente, adopta y hace efectiva la sanción disciplinaria correspondiente. Otro consistente en el control disciplinario externo, de la potestad de supervigilancia disciplinaria y que está atribuido al Procurador General de la Nación. En este sentido el artículo 118 de la Carta dispone que el Ministerio Público será ejercido por el Procurador General de la Nación a quien según el numeral 6º del artículo 277 de la misma Carta le corresponde "la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas". Así como también la de ejercer preferentemente el poder disciplinario. La potestad externa del Procurador, como lo señala la norma constitucional, es prevalente, por lo cual el Ministerio Público puede desplazar, dentro de un proceso disciplinario que se adelanta contra determinado funcionario, al nominador o jefe superior del mismo y una tal función de supervigilancia disciplinaria comporta la facultad constitucional del Procurador, sus delegados y sus agentes no sólo de adelantar las investigaciones correspondientes sino además de imponer, conforme a la ley, las sanciones respectivas.

Autorizada su publicación: Con oficio número 101782 de 22 de diciembre de 1995.

PROCESO DISCIPLINARIO - Proceso verbal de única instancia / FALTA GRAVE EN PROCESO DISCIPLINARIO - Competencia / PROCESO DISCIPLINARIO EN PRIMERA INSTANCIA - Competencia.

En toda entidad u organismo del Estado, dispone el artículo 48 de la Ley 200 citada y con excepción de la rama judicial, se debe constituir una

unidad u oficina del más alto nivel encargada de conocer en primera instancia "de los procesos disciplinarios que se adelanten contra sus servidores". Esta norma debe armonizársela con el artículo 57 del mismo estatuto legal, que admite la competencia para adelantar la investigación disciplinaria al "organismo de control interno disciplinario" o al "funcionario que señale el jefe de la entidad o de la dependencia regional o seccional y deberá ser de igual o superior jerarquía a la del investigado", "corresponde al jefe inmediato del investigado, cuando la falta sea leve, fallar el proceso en única instancia" (artículo 61 inciso 1° *ibidem*). Pero cuando se trate de la comisión de falta calificada como grave o gravísima, el jefe de la dependencia o seccional o regional correspondiente fallará el proceso en primera instancia, en cuyo caso la segunda instancia le compete al nominador" (inciso 2° *ibidem*).

Autorizada su publicación: Con oficio número 101782 de 22 de diciembre de 1995.

INCREMENTO PATRIMONIAL - Proceso disciplinario.

No es pertinente ordenar un establecimiento previo para establecer la cuantía del incremento patrimonial. Cuando un servidor público dotado de competencia para adelantar un proceso disciplinario, reciba una información proveniente de otro sobre una queja formulada por una persona, u otro medio que admita credibilidad sobre un incremento patrimonial deberá solicitar de inmediato al inculpado que solicite el nominador, a la Procuraduría General de la Nación o la Personería la procedencia del incremento. Si de ello aparece claramente demostrado que la cuantía es inferior a 1000 salarios mínimos, continuará con la investigación; de lo contrario dará aviso a la Procuraduría General de la Nación para lo de su competencia.

Autorizada su publicación: Con oficio número 101782 de 22 de diciembre de 1995.

ACCION DISCIPLINARIA – Titularidad / PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION – Poder disciplinario prevalente / COMISION DE PERSONAL – Límite de facultad disciplinaria.

De conformidad con los artículos 1° y 2° de la Ley 200 de 1995 la titularidad de la acción disciplinaria está reservada al Estado a través de sus ramas y órganos; pero sin perjuicio del poder disciplinario preferente respecto de la Procuraduría General de la Nación. La titularidad de la acción

---

[1] *Consulta textual y referencial, Asamblea Nacional Constituyente, Sección Primera, exposición del Constituyente Iván Marulanda, mayo 22 (0502) pág. 4.*

disciplinaria de orden interno está asignada a las diversas ramas y órganos del Estado a quienes corresponde conocer de los asuntos disciplinarios contra los servidores públicos de sus dependencias. Esto quiere decir y en razón del factor competencia que, las comisiones de personal y los comités obrero patronales no tienen la competencia para proferir fallos disciplinarios en las investigaciones administrativas no obstante, toda entidad u organismo estatal, excepto los correspondientes a la rama jurisdiccional, deben constituir una unidad u oficina del más alto nivel, encargada de conocer en primera instancia de los procesos disciplinarios que se adelanten contra sus servidores. La segunda instancia será de competencia del nominador.

Autorizada su publicación: Con oficio número 101782 de 22 de diciembre de 1995.

RESERVA BANCARIA – Inoponibilidad en investigación judicial y disciplinaria / INCREMENTO PATRIMONIAL NO JUSTIFICADO - Investigación disciplinaria.

La reserva bancaria tuvo su fundamento en la Constitución de 1886 en el artículo 38 y su desarrollo legal en los artículos 61 a 68 del Código de Comercio; con fundamento en ello se sostuvo que la reserva bancaria sólo podía levantarse para procesos de orden judicial. Así lo afirmó la Superintendencia Bancaria (Doctrina y conceptos, Tomo VI, pág. 196). A partir de 1982 e incluso por la misma Superintendencia se acogió la tesis de que la reserva bancaria no era oponible en las investigaciones de carácter judicial; ni en las disciplinarias adelantadas por la Procuraduría General de la Nación (Doctrina número 05-78, dic. 14 de 1982). En todas las demás si lo era. A partir de 1985 la actuación se definió con la vigencia de la Ley 57; en efecto en el artículo 20 del estatuto citado se dispuso: "El carácter de reservado de un documento o será oponible a las autoridades que lo soliciten para el debido ejercicio de sus funciones; corresponde a dicha autoridad asegurar la reserva de los documentos que lleguen a conocer el desarrollo de lo previsto en este artículo". Esta disposición es aplicable a los procesos disciplinarios hoy en día por referencia del artículo 81 de la Ley 200 de 1995. Se tiene entonces que la reserva bancaria, en las investigaciones disciplinarias de toda índole, sobre incremento patrimonial no justificado, no puede ser oponible, pero el funcionario que conozca de los documentos correspondientes está obligado a observarlo.

Autorizada su publicación: Con oficio número 101782 de 22 de diciembre de 1995.

PROCESO DISCIPLINARIO - Sujetos procesales / FALLO ABSOLUTORIO EN PROCESO DISCIPLINARIO - Término de impugnación.

No existe contradicción en la aplicación del artículo 71 de la Ley 200 de 1995 que precisa quienes son intervinientes en el proceso: el acusado y su apoderado y el inciso 2º del art. 151 que considera la intervención excepcional del quejoso, para cuando se ha proferido fallo absolutorio y sólo en la eventualidad de que interponga el recurso de apelación en los términos y condiciones previstos en la misma norma. El quejoso dispone de cinco días hábiles contados a partir del día siguiente de la notificación del fallo absolutorio para interponer el recurso correspondiente de apelación. El hecho de informar al quejoso del fallo absolutorio proferido en los términos previstos en el art. 151 de la Ley 200 no atenta contra la reserva consagrada en el art. 33 de la Ley 190, por cuanto ambas actuaciones son de reglamentación legal, motivo por el cual se complementan y no se excluyen.

Autorizada su publicación: Con oficio número 101782 de 22 de diciembre de 1995.

PROCESO DISCIPLINARIO - Designación de defensor de oficio / DEFENSOR DE OFICIO – Designación / ESTUDIANTES DE CONSULTORIO JURIDICO - Improcedencia defensor de oficio.

No se pueden nombrar estudiantes en prácticas de los consultorios jurídicos como defensores de oficio. El defensor de oficio se designará de las listas de auxiliares de la justicia. El cargo de defensor de oficio es obligatorio, salvo las excepciones de ley.

Autorizada la publicación: Con oficio número 101782 de 22 de diciembre de 1995.

PROCESO DISCIPLINARIO - testigo renuente / TESTIGO RENUENTE - Imposición de multa / FUNCIONARIO INVESTIGADOR – Atribuciones.

Corresponde al funcionario investigador imponer la multa al testigo renuente en los términos y condiciones previstas en el art. 52 de la Ley 200 de 1995. Para ello se procederá mediante resolución motivada, la cual es susceptible de reposición ante el mismo funcionario.

Autorizada la publicación: Con oficio número 101782 de 22 de diciembre de 1995.

Santa Fe de Bogotá, D. C., cuatro (4) de diciembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Roberto Suárez Franco.*

Radicación número 756.

Referencia: Consulta sobre algunos aspectos en relación con la aplicación de las Leyes 190 y 200 de 1995 y las normas convencionales de la Empresa de Energía de Bogotá.

El señor Ministro de Minas y Energía, doctor Rodrigo Villamizar Alvargonzález, desea conocer el concepto de la Sala en relación con los siguientes temas:

1. ¿Si bajo las nuevas disposiciones, las comisiones de personal y los comités obreros patronales han perdido competencia para proferir fallos disciplinarios en las investigaciones administrativas, que cursan contra los servidores públicos?

2. ¿Para efectos del artículo 147 de la Ley 200 de 1995 y para cualquier otro referente a la asistencia jurídica al servidor público en el proceso disciplinario, debe conservarse la figura de la asesoría sindical, sean o no estos asesores abogados, y así mismo, tengan o no vínculo laboral con la empresa respectiva?

3. ¿Respecto a la creación de una unidad u oficina competente para conocer en primera instancia el proceso disciplinario, se consulta, si esta competencia implica que estas Unidades deban agotar la instancia, incluso profiriendo los respectivos fallos?

4. ¿En qué forma puede aplicarse el Código Disciplinario Unico, con arreglo a la legalidad, para dar cumplimiento al artículo 71 y al inciso 2° del artículo 151, cuando aparentemente existe contradicción entre las dos normas?

5. ¿Así mismo, se requiere aclarar cuanto tiempo debe esperar una oficina investigadora, en términos de días para que un quejoso notificado de una decisión absolutoria o de archivo, resuelva pronunciarse mediante la respectiva impugnación y se pueda predicar que el caso gana ejecutoria y hace tránsito a cosa juzgada?

6. ¿Se pregunta, si no constituye un desconocimiento al inciso 1° del artículo 33 de la Ley 190 de 1995 que concuerda con el inciso 2° del artículo 177 de la Ley 200 de 1995, el informar, dar acceso, expedir copias de una investigación preliminar a un servidor público que todavía reúne la condición procesal de investigado? ¿No se atenta contra la reserva consagrada en el Estatuto Anticorrupción?

7. ¿La Ley 200 de 1995 reglamenta la operatividad del apoderado de oficio, pueden las Unidades investigadoras Disciplinarias, de acuerdo con el Decreto 196 de 1971 designar como apoderados de oficio, estudiantes en prácticas de los consultorios jurídicos de las universidades? ¿Se pueden designar abogados en ejercicio de la discrecionalidad de los investigadores? ¿Es posible como alternativa designar abogados consultando las listas de los auxiliares de la justicia?

¿El cargo de apoderado de oficio en el proceso disciplinario es de forzosa aceptación?

8. ¿Conservan su vigencia las normas referentes a los procedimientos de los reglamentos de trabajo?, ¿o por el contrario, de acuerdo con el inciso 1° del artículo 177 de la Ley 200 han sido derogadas?

9. ¿Respecto a los principios de celeridad y eficacia, para que las sanciones sean consecuentes y oportunas, se pregunta si la regulación de los términos y lo concerniente a prórrogas de los mismos, contradicen este principio, por cuanto hacen flexibles las investigaciones de forma tal que se pierde la consecuencia y oportunidad de la sanción disciplinaria?

10. ¿Cuando entidades diferentes a la Procuraduría conozcan casos referentes a incremento patrimonial, deben ordenar un procedimiento previo de valoración tendiente a establecer sobre cual cuantía se va a realizar la investigación disciplinaria antes de ordenarla, para verificar el cumplimiento del límite excluyente de los 1000 salarios mínimos y poder asegurar las condiciones de su competencia?

¿Resulta oponible la reserva bancaria en las investigaciones disciplinarias sobre incremento patrimonial no justificado?

¿Puede el funcionario investigador imponer multa al testigo renuente o si debe ejecutarse la anterior situación a través del nominador?. ¿Se pregunta si el mecanismo jurídico para imponer la multa es un auto ordinario o si se requiere proferir una resolución?. ¿La sanción de multa es susceptible de recursos?

I. ANTECEDENTES CONSTITUCIONALES

1. El artículo 123 de la Carta prescribe que son servidores públicos los "miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios".

La norma citada en sus dos incisos siguientes agrega:

"Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad: ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio".

2. El artículo 122 de la Carta Política señala que "No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento" y el artículo 124 *ibidem* agrega que "la ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva".

3. El artículo 91 de la Constitución prescribe que "en caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta".

4. En el inciso segundo del artículo 209 se ordena a las autoridades administrativas "coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública en todos sus órdenes tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señala la ley".

5. Según el artículo 92 de la Carta "cualquier persona natural o jurídica podrá solicitar de la autoridad competente la aplicación de las sanciones penales o disciplinarias derivadas de la conducta de las autoridades públicas".

6. Conforme al artículo 277 se asigna al Procurador General de la Nación la función de ejercer la "vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas inclusive las de elección popular".

7. El artículo 29 *ibidem* en su inciso primero consagra que "el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas".

8. Por último, el inciso 1° del artículo 209 de la Carta estatuye que:

> "La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

II. FUNDAMENTOS LEGALES

1. El artículo 1° de la Ley 200 de 1995 asigna la titularidad de la potestad disciplinaria al Estado "a través de sus ramas y órganos" competentes; en el artículo 2° se agrega que "la acción disciplinaria corresponde al Estado. Sin perjuicio del poder disciplinario preferente de la Procuraduría General de la Nación, corresponde a las ramas y órganos del Estado conocer de los asuntos disciplinarios contra los servidores públicos de sus dependencias".

En consonancia con las citadas disposiciones el artículo 47 de la misma ley agrega que la acción disciplinaria "se iniciará y adelantará de oficio, por información proveniente de servidor público, de queja formulada por cualquier persona o por cualquier otro medio que amerite credibilidad".

2. Siguiendo el anterior orden de ideas, y de acuerdo al artículo 57 de la ley citada "la investigación disciplinaria se adelantará por el organismo de control interno disciplinario o por el funcionario que señale el jefe de la entidad o de la dependencia regional o seccional y deberá ser de igual o superior jerarquía a la del investigado. La investigación se realizará de conformidad con lo previsto en este Código".

El control disciplinario interno, de conformidad con el artículo 48 *ibidem,* impone a toda entidad u organismo del Estado, excepto la Rama Judicial, el deber de "constituir una unidad u oficina del más alto nivel, encargada de conocer en primera instancia, de los procesos disciplinarios que se adelanten contra sus servidores. La

segunda instancia será de competencia del nominador".

Se agrega en el artículo 48 *ibidem* que "cuando en este código se utilice la locución, control interno o control interno disciplinario de la entidad debe entenderse por tal la oficina o dependencia que conforme a la ley tenga a su cargo el ejercicio de la función disciplinaria".

3. La Ley 200 en cuanto a los factores de competencia se refiere dispone que "La competencia se determinará teniendo en cuenta la calidad del sujeto disciplinario, la naturaleza del hecho, el territorio, el factor funcional y el de conexidad".

4. Se agrega en el artículo 71 que:

"En el proceso disciplinario solamente pueden actuar el acusado y su apoderado, sin perjuicio de la intervención que en razón de la vigilancia superior pueda realizar la Procuraduría General de la Nación.

Ni el informador ni el quejoso son parte en el proceso disciplinario. Su actuación se limita a presentar y ampliar la queja bajo la gravedad del juramento con el deber de aportar las pruebas que tenga en su poder".

5. Conforme al artículo 20 *ibidem:*

"Son destinatarios de la ley disciplinaria los miembros de las corporaciones públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se aplicará a los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República, los integrantes de la Comisión de Lucha Ciudadana contra la Corrupción y las personas que administren los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución Nacional".

6. En el artículo 71 *ibidem* se precisa que en el proceso disciplinario sólo pueden actuar el acusado y su apoderado, sin perjuicio de la intervención que en razón de la vigilancia superior pueda realizar la Procuraduría General de la Nación, además que el informador y el quejoso no son parte en el proceso disciplinario.

7. En el artículo 151 *ibidem* su inciso segundo ordena que el archivo provisional o definitivo de las diligencias y la sentencia absolutoria, deben comunicarse al quejoso para que pueda impugnar mediante recurso de apelación debidamente fundamentado en la forma y términos de los artículos 102 y 104 de este Código (los artículos 102 y 104 hacen referencia a la procedencia de la apelación y la sustentación de los recursos).

Tanto la Ley 190 como la Ley 200 de 1995 disponen la obligación de que el investigado tenga acceso a la investigación desde las diligencias preliminares (artículo 33 de la Ley 190 y de la Ley 200 de 1995).

8. La actuación disciplinaria se desarrollará, según el artículo 75 y en consonancia con el artículo 209 de la Constitución Política, "siguiendo los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad y contradicción".

9. Además la Ley 200 establece:

a) En el artículo 65 se otorga competencia exclusiva a la Procuraduría General de la Nación, en investigaciones referentes a incremento patrimonial, en los casos en que la cuantía exceda de 1000 salarios mínimos mensuales;

b) En el artículo 52, prescribe:

> "Salvo las excepciones constitucionales y legales a su favor cuando el testigo sea un particular y se muestre renuente a comparecer podrá imponérsele multa de cinco a ciento ochenta salarios mínimos diarios, previa explicación sobre su no concurrencia, que deberá presentar dentro de los dos días siguientes a la fecha señalada para la declaración mediante resolución contra la cual sólo cabe recurso de reposición, quedando con la obligación de rendir la declaración.
>
> Si la investigación cursa en la Procuraduría podrá disponerse, además, la conducción del renuente por la fuerza pública, para efectos de la recepción inmediata de la declaración sin que esta conducción implique privación de la libertad";

c) El numeral 20 del artículo 40 incluye como uno de los deberes de los servidores públicos "explicar de inmediato y satisfactoriamente la procedencia del incremento patrimonial obtenido durante el ejercicio del cargo, función o servicio".

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. De la potestad disciplinaria

De las disposiciones constitucionales y legales que se han transcrito y para absolver la consulta en los términos que ha sido formulada se tiene que el "poder disciplinario" sobre los servidores públicos compete ejercerlo al propio Estado a través de los organismos y funcionarios competentes.

El poder disciplinario conlleva el control disciplinario que en nuestro medio tiene dos grandes ámbitos de aplicación: uno, el de la potestad sancionadora de la administración de carácter interno, por medio de la cual el nominador o el superior jerárquico investiga la conducta administradora de su subordinado y, en caso de que sea procedente, adopta y hace efectiva la sanción disciplinaria correspondiente. Otro consistente en el control disciplinario externo, de la potestad de supervigilancia disciplinaria y que está atribuido al Procurador General de la Nación. En este sentido el artículo 118 de la Carta dispone que el Ministerio Público será ejercido por el Procurador General de la Nación a quien según el numeral 6° del artículo 277 de la misma Carta le corresponde "la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas". Así como también la de ejercer preferentemente el poder disciplinario.

La potestad externa del Procurador, como lo señala la norma constitucional, es prevalente, por lo cual el Ministerio Público puede desplazar, dentro de un proceso disciplinario que se adelanta contra determinado funcionario, al nominador o jefe superior del mismo. Y una tal función de supervigilancia disciplinaria comporta la facultad constitucional del Procurador, sus delegados y sus agentes no sólo de adelantar las investigaciones correspondientes sino además de imponer, conforme con la ley, las sanciones respectivas.

2. **El debido proceso**

Todo servidor público o particular que ejerza transitoriamente funciones públicas goza del derecho a ser juzgado conforme al debido proceso: esto es, de acuerdo a las leyes sustantivas y procesales vigentes previamente a las faltas disciplinarias que se le atribuyan, ante el funcionario competente y observando la plenitud de las formas del procedimiento regulado en la Constitución y leyes correspondientes.

Como es común en todo procedimiento y de acuerdo al artículo 91 en su numeral 1° los fallos deciden el objeto del proceso "previo el agotamiento del trámite de la instancia", los que en su contenido deben cumplir con los requisitos previstos por el artículo 93 de la Ley 200 citada.

En toda entidad u organismo del Estado, dispone el artículo 48 de la Ley 200 citada y con excepción de la rama judicial, se debe constituir una unidad u oficina del más alto nivel encargada de conocer en primera instancia "de los procesos disciplinarios que se adelanten contra sus servidores". Esta norma debe armonizársela con el artículo 57 del mismo estatuto legal, que admite la competencia para adelantar la investigación disciplinaria al "organismo de control interno disciplinario" o al "funcionario que señale el jefe de la entidad o de la dependencia regional o seccional y deberá ser de igual o superior jerarquía a la del investigado". "Corresponde al jefe inmediato del investigado, cuando la falta sea leve, fallar el proceso en única instancia" (artículo 61 inciso 1° *ibidem*). "Pero cuando se trate de la comisión de falta calificada como grave o gravísima, el jefe de la dependencia o de la seccional o regional correspondiente fallará el proceso en primera instancia, en cuyo caso la segunda instancia le compete al nominador" (inciso 2° *ibidem*).

Se concluye que quien conozca de un proceso disciplinario en primera o en segunda instancia debe agotarla profiriendo el fallo respectivo, salvo el caso previsto por el artículo 54 según el cual "en cualquier momento del proceso en que aparezca plenamente probado que el hecho atribuido no ha existido, o que la conducta no está prevista como falta disciplinaria, o que está plenamente demostrada una causal de justificación, o que el proceso no podía iniciarse o proseguirse...".

3. **De la acción disciplinaria**

De conformidad con los artículos 1° y 2° de la Ley 200 de 1995 la titularidad de la acción disciplinaria está reservada al Estado a través de sus ramas y órganos; pero sin

perjuicio del poder disciplinario preferente respecto de la Procuraduría General de la Nación.

La titularidad de la acción disciplinaria de orden interno está asignada a las diversas ramas y órganos del Estado a quienes corresponde conocer de los asuntos disciplinarios contra los servidores públicos de sus dependencias.

Esto quiere decir y en razón del factor competencia que, las comisiones de personal y los comités obrero patronales no tienen la competencia para proferir fallos disciplinarios en las investigaciones administrativas; no obstante, toda entidad u organismo estatal, excepto los correspondientes a la rama jurisdiccional, deben constituir una unidad u oficina del más alto nivel, encargada de conocer en primera instancia de los procesos disciplinarios que se adelanten contra sus servidores. La segunda instancia será de competencia del nominador.

4. **Otros aspectos procesales**

a) El inciso segundo del artículo 147 prescribe que cuando a un servidor público se le reciba exposición espontánea, se le hará conocer el derecho a ser asistido por un abogado el cual en su carácter de apoderado y para los fines de la defensa, tiene los mismos derechos del disciplinado. Cuando existan criterios contradictorios entre el disciplinado y su apoderado prevalecerán los de éste.

El artículo 71 de la Ley 200 restringe los sujetos intervinientes en el proceso al acusado y a su apoderado, sin perjuicio de la vigilancia superior en que pueda actuar la Procuraduría General de la Nación.

De lo anterior se concluye que la asistencia a un funcionario público en toda diligencia relacionada con un proceso disciplinario se limita a la de un abogado, quien actuará con el carácter de apoderado del disciplinado.

Mal podría aceptarse entonces que la asistencia legal a un servidor público y con fundamento en la ley, pueda extenderse a persona distinta de un abogado y mucho menos a una entidad colegial como es el sindicato.

Eso no obsta para que el disciplinado pueda asesorarse de personas, incluso del sindicato, para otros efectos legales distintos a la asistencia legal en el proceso, sin importar que sus integrantes sean abogados o no. Pero también debe tenerse en cuenta que conforme al numeral 25 del artículo 41 de la Ley 200 está prohibido a los servidores públicos "prestar a título particular servicios de asistencia o asesoría en asuntos relacionados con su cargo";

b) En cuanto a la situación del quejoso, el inciso segundo del artículo 151 ordena que se le debe remitir una comunicación a la dirección registrada en la queja, al día siguiente del pronunciamiento del fallo absolutorio. Por otra parte, las providencias según el artículo 98, quedarán ejecutoriadas cinco días después de la última notifica-

ción si contra ellas no procede o no se interpone recurso (subraya la Sala). Ha de entenderse entonces que el envío de la comunicación al quejoso hace las veces de notificación; el quejoso goza de cinco días hábiles a partir del día siguiente del envío del fallo para interponer el recurso de apelación si lo considera pertinente;

c) Una aparente contradicción entre dos normas:

El artículo 71 de la Ley 200 de 1995 sobre intervinientes en el proceso disciplinario dispone:

"En el proceso disciplinario solamente pueden actuar el acusado y su apoderado, sin perjuicio de la intervención que en razón de la vigilancia superior pueda realizar la Procuraduría General de la Nación.

Ni el informador ni el quejoso son parte en el proceso disciplinario. Su actuación se limita a presentar y ampliar la queja bajo la gravedad del juramento con el deber de aportar las pruebas que tengan en su poder".

Por su parte el inciso segundo del artículo 151 estatuye:

"De los autos que ordenen el archivo provisional o definitivo de las diligencias investigativas, excepto cuando la causal sea la muerte del implicado, así como de la sentencia absolutoria se librará comunicación al quejoso en la dirección registrada en la queja al día siguiente de su pronunciamiento para que pueda impugnar mediante recurso de apelación debidamente fundamentado en la forma y términos de los artículos 102 y 104 de este Código".

Realmente no existe contradicción entre las dos normas. Mientras en la primera se precisan las personas que pueden actuar como sujetos en el proceso disciplinario, en cuya secuela el quejoso carece de personería para actuar hasta cuando se produzca el fallo, en el inciso segundo se le confiere al quejoso la facultad de impugnar el fallo absolutorio mediante lo que en la norma se designa como "recurso de apelación" el cual debe estar fundamentado, y que se concede en el efecto suspensivo, una especie de excepción de la reserva para el caso previsto en esta disposición y ciñéndose estrictamente a lo dispuesto en ella.

Al analizar el contenido de las dos normas se concluye que ellas no se oponen sino se complementan; en efecto el artículo 33 de la Ley 190 contempla un principio general sobre la reserva en todo proceso disciplinario según el cual sólo pueden actuar el acusado y su apoderado, hasta cuando se profiera el fallo. Mientras que por el 151 se le reconoce un derecho al quejoso para intervenir sólo cuando se profiera fallo absolutorio;

d) Sobre los alcances de la reserva en el proceso disciplinario se tiene según el artículo 33 de la Ley 190 de 1995:

"Harán parte de la reserva las investigaciones preliminares, los pliegos y autos de cargos que formulen la Procuraduría General de la Nación y demás órganos

de control dentro de los procesos disciplinarios y de responsabilidad fiscal, lo mismo que los respectivos descargos; los fallos serán públicos.

Lo anterior se entenderá sin perjuicio de que el investigado tenga acceso a la investigación desde los preliminares.

Parágrafo 1°. La violación de la reserva será causal de mala conducta.

Parágrafo 2°. Tampoco podrán publicarse extractos o resúmenes del contenido de la investigación sometida a reserva, hasta que se produzca el fallo.

Parágrafo 3°. En el evento de que se conozca la información reservada, la entidad deberá verificar una investigación interna y explicarle a la opinión las posibles razones del hecho".

Por su parte, el inciso segundo del artículo 151 de la Ley 200 transcrita se contempla un derecho para el quejoso que consiste en poder interponer el recurso de apelación contra un fallo absolutorio. Se trata de dos normas que también se complementan: en la primera se consagra la reserva como un principio general del proceso disciplinario, en la segunda se reconoce un derecho al quejoso para que interponga el recurso de apelación, obviamente después de proferido el fallo y cuando tenga el carácter de absolutorio, lo que debe entenderse como una excepción al principio general.

5. **Del incremento patrimonial**

El artículo 65 de la Ley 200 de 1995 precisa que, cuando la falta que se imputa al inculpado consista en un incremento patrimonial no justificado, la titularidad de la acción disciplinaria corresponde a las ramas y órganos del Estado cuando la cuantía no exceda de 1.000 salarios mínimos mensuales.

La acción disciplinaria, como ya se ha afirmado, se inicia y adelanta de oficio por información proveniente del servidor público, de queja formulada por cualquier persona o por otro medio siempre y cuando éste acredite credibilidad (artículo 47 de la Ley 200) y ciñéndose a los trámites y requisitos de la ley. El artículo 40 de la Ley 200 de 1995 impone al servidor público como uno de sus deberes el de "explicar de inmediato y satisfactoriamente al nominador, a la Procuraduría General de la Nación o a la Personería cuando éstas lo requieran, la procedencia del incremento patrimonial obtenido durante el ejercicio del cargo función o servicio".

El numeral 1° del artículo 76 de la Ley 200 es perentorio al ordenar que "En los procesos disciplinarios no se podrán establecer trámites o etapas diferentes a los expresamente contemplados en dicha ley"; y en el numeral 3° del mismo artículo agrega que "no se exigirán más documentos y copias de los estrictamente necesarios, ni autenticaciones, ni notas de presentación personal sino cuando la ley lo ordene en forma expresa".

De lo anterior se sigue que no es pertinente ordenar un procedimiento previo para establecer la cuantía del incremento patrimonial. Cuando un servidor público dotado de competencia para adelantar un proceso disciplinario, reciba una información proveniente de otro sobre una queja formulada por una persona, u otro medio que admita credibilidad sobre un incremento patrimonial deberá solicitar de inmediato al inculpado que explique al nominador, a la Procuraduría General de la Nación o a la Personería la procedencia del incremento. Si de ello aparece claramente demostrado que la cuantía es inferior a 1.000 salarios mínimos, continuará con la investigación; de lo contrario dará aviso a la Procuraduría General de la Nación para lo de su competencia.

Por último, si de la indagación preliminar sobre la queja o del informe y sus anexos el investigador encuentre que puede haberse configurado la falta disciplinaria y exista duda sobre la cuantía se seguirá con el proceso hasta proferir el fallo; pero si en el transcurso de la investigación se allegan pruebas con las que se acredite una cuantía superior a los 1.000 salarios mínimos, procederá de inmediato a dar aviso a la Procuraduría General de la Nación para lo de su competencia.

6. **Del apoderado o mandatario en el proceso disciplinario**

En el proceso disciplinario, y de acuerdo con lo previsto por el artículo 71 de la Ley 200 de 1995 solamente pueden actuar como intervinientes el acusado y su apoderado. En este orden de ideas el literal e) del artículo 73 de la misma ley le reconoce al disciplinado el derecho a "designar apoderado si lo considera necesario el cual para los fines de la defensa, tiene los mismos derechos del disciplinado".

El artículo 32 del Decreto 482 de 1985, dictado por el Gobierno en uso de las facultades que le confirió el ordinal 3° del artículo 120 de la anterior Constitución, hoy parcialmente anulado por el Consejo de Estado, consideraba la figura del defensor de oficio para los procesos disciplinarios. La norma establecía que "se designará como apoderado de oficio a un abogado en ejercicio de la entidad en el cual el investigado presta sus servicios. Si ello no fuere posible se recurrirá a la lista de auxiliares de la justicia". Esta disposición fue declarada nula por la Sección Primera del Consejo de Estado en cuanto a la frase "se designará como apoderado de oficio a un abogado en ejercicio de la entidad en la cual el investigado presta sus servicios. Si ello fuere posible..."; quedó entonces vigente la designación de apoderado de oficio, tomándolo de la lista de auxiliares de la justicia.

La causa de la anulación se debió entre otras cosas, al "riesgo que para una adecuada protección del derecho de defensa puede representar un profesional del derecho vinculado a la misma entidad en donde labora el funcionario investigado" (Sentencia de 19 de diciembre de 1987).

Hoy en día, la Ley 200 prescribe que el inculpado sólo puede actuar en su defensa personalmente o a través de apoderado. No se considera el defensor de oficio.

El artículo 46 de la Ley 200 de 1995 le da el carácter de pública a la acción disciplinaria y, conforme al artículo 28 de la Ley 176 de 1991 quien litigue en causa propia en este tipo de acciones puede hacerlo personalmente, sin valerse de apoderado.

El artículo 35 de la Ley 176 de 1991 prescribe que salvo los casos expresamente determinados en la ley, no se requiere ser abogado para actuar ante las autoridades administrativas, Pero si se constituye mandatario, éste deberá ser abogado inscrito.

El artículo 30 del Decreto 196 de 1971, sobre el estatuto del ejercicio de la abogacía, prevé la organización de consultorios jurídicos con alumnos de último año, en los términos y condiciones establecidos en la misma ley. En el inciso segundo prescribe que "los estudiantes, mientras pertenezcan a dichos consultorios, podrán litigar en causa ajena en los siguientes asuntos:

a) En los procesos penales que conocen los jueces municipales y las autoridades de policía;

b) En los procesos laborales de única instancia y en las diligencias administrativas de conciliación en materia laboral;

c) En los procesos civiles de que conocen los jueces municipales en única instancia, y

d) De oficio, en los procesos penales como voceros o defensores en audiencia".

Ordenamientos legales posteriores como los Decretos 765 de 1977, 3200 de 1979, 1291 de 1990 y la ley de descongestión judicial y en los que se hace referencia a los consultorios jurídicos, no modifican en lo pertinente las atribuciones asignadas a los inscritos en lo que toca con acciones disciplinarias.

De consiguiente el inculpado puede designar apoderado, si lo considera conveniente a sus intereses; pero no es legalmente pertinente, la designación de estudiantes que se hallen en práctica de consultorios jurídicos.

Por último, sobre el apoderado de oficio se impone agregar:

El artículo 29 de la Constitución reconoce en el inciso tercero a todo sindicado el derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento".

El artículo 32 del Decreto 482 de 1985 citado y que no es contrario a esta norma constitucional citada sino que se armoniza con ella prevé, la designación del defensor de oficio de la lista de auxiliares de la justicia.

La Ley 200 de 1995 guarda silencio al respecto. El artículo 1° del Código de Procedimiento Penal, que reglamenta lo pertinente al debido proceso, le reconoce al sindicado el derecho a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio.

Se impone agregar que de acuerdo con lo previsto por el artículo 29 del Decreto 196 de 1971, numeral 2, se puede litigar en causa propia o ajena en los "procesos de menor cuantía que se ventilen en los municipios que no sean cabecera de circuito y en donde no ejerzan habitualmente por lo menos dos abogados inscritos".

Consecuencialmente, una vez que se dé a "conocer la investigación al disciplinado" éste podrá designar apoderado, solicitar que se le nombre uno de oficio, o guardar silencio; la designación de defensor de oficio procederá en la segunda eventualidad o cuando lo solicite el inculpado. Pero por otra parte, si no es posible notificar a éste y hay necesidad de emplazarlo, también es procedente la designación de defensor de oficio, sin que esto imposibilite al inculpado para que en cualquier momento designe su propio defensor. En uno y otro caso deberá ser abogado y escogido de la lista de auxiliares de la justicia, salvo el caso previsto en el numeral 2 del artículo 29 del Decreto 196 de 1971.

El cargo de defensor de oficio es de forzosa aceptación, salvo las excepciones previstas en la ley (artículo 147 del Código de Procedimiento Penal).

Para los efectos del proceso disciplinario y cuando la causal que se invoque sea la del incremento patrimonial, en cuanto a la reserva bancaria se refiere la Sala observa:

La reserva bancaria tuvo su fundamento en la Constitución de 1886 en el artículo 38 y su desarrollo legal en los artículos 61 a 68 del Código de Comercio; con fundamento en ello se sostuvo que la reserva bancaria sólo podía levantarse para procesos de orden judicial. Así lo afirmó la Superintendencia Bancaria (Doctrina y Conceptos, Tomo VI, pág. 196).

A partir de 1982 e incluso por la misma Superintendencia se acogió la tesis de que la reserva bancaria no era oponible en las investigaciones de carácter judicial; ni en las disciplinarias adelantadas por la Procuraduría General de la Nación (Doctrina número 05-078, dic. 14 de 1982). En todas las demás sí lo era.

A partir de 1985 la situación se definió con la vigencia de la Ley 57; en efecto, en el artículo 20 del estatuto citado se dispuso: "El carácter de reservado de un documento no será oponible a las autoridades que lo soliciten para el debido ejercicio de sus funciones; corresponde a dicha autoridad asegurar la reserva de los documentos que lleguen a conocer el desarrollo de lo previsto en este artículo". Esta disposición es aplicable a los procesos disciplinarios hoy en día por referencia del artículo 81 de la Ley 200 de 1995.

Se tiene entonces que la reserva bancaria, en las investigaciones disciplinarias de toda índole, sobre incremento patrimonial no justificado, no puede ser oponible, pero el funcionario que conozca de los documentos correspondientes está obligado a observarlo.

7. **Testigo renuente**

El artículo 52 de la Ley 200 de 1995 impone al ciudadano la obligación de declarar como testigo. En caso de renuencia se hace acreedor a una "sanción consistente

en multa de cinco a ciento ochenta salarios diarios mínimos, previa explicación sobre su concurrencia, que deberá presentar dentro de los dos días siguientes a la fecha señalada para la declaración mediante resolución contra la cual sólo cabe el recurso de reposición, quedando en la obligación de rendir la declaración". La sanción prevista en la norma y consistente en la multa corresponde imponerla al funcionario investigador, mediante resolución motivada, la cual se notificará al testigo renuente, quien goza del recurso de reposición ante el mismo funcionario. Todo lo cual se deduce del texto de la norma citada.

Por último, observa la Sala que los términos y sus prórrogas, tal como están previstos en la ley obedecen a principios constitucionales tales como el debido proceso y el derecho de defensa. De consiguiente mal puede sostenerse que se violan los principios de celeridad y eficacia.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, la Sala responde:

1. Bajo las disposiciones legales vigentes, el Estado, a través de sus ramas u órganos es el titular de la potestad disciplinaria. La acción disciplinaria también corresponde al Estado. Toda entidad u organismo, excepto la Rama Judicial, debe constituir una unidad u oficina del más alto nivel, encargada de investigar en primera instancia los procesos disciplinarios que se adelanten contra sus servidores. La segunda instancia será de competencia del nominador (artículo 57 Ley 200 de 1995). De esta manera, las comisiones de personal y los comités obrero patronales no tienen competencia para proferir fallos disciplinarios en las investigaciones administrativas que cursen contra los servidores públicos.

2. La asesoría sindical en el proceso disciplinario sólo puede conservarse de manera externa al proceso por cuanto en éste sólo pueden actuar el acusado y su apoderado (artículo 75 *ibidem*).

3. Por principio a quien corresponda conocer en primera instancia de un proceso disciplinario debe agotar la respectiva instancia, profiriendo el fallo correspondiente.

No obstante, en cualquier estado del proceso y cuando aparezca plenamente probado que el hecho atribuido no ha existido, o que la conducta no está prevista como falta disciplinaria, o que está plenamente demostrada una causal de justificación, o que el proceso no podía iniciarse o proseguirse, el funcionario competente, mediante decisión motivada, declarará terminado el procedimiento (artículo 54 Ley 200 de 1995).

4. No existe contradicción en la aplicación del artículo 71 de la Ley 200 de 1995 que precisa quiénes son intervinientes en el proceso: el acusado y su apoderado y el inciso segundo del artículo 151 que considera la intervención excepcional del quejoso, para cuando se ha proferido fallo absolutorio y sólo en la eventualidad de que interponga el recurso de apelación en los términos y condiciones previstos en la misma norma.

5. El quejo dispone de cinco días hábiles, contados a partir del día siguiente de la notificación del fallo absolutorio, para interponer el recurso correspondiente de apelación.

6. El hecho de informar al quejoso del fallo absolutorio proferido en los términos previstos en el artículo 151 de la Ley 200 no atenta contra la reserva consagrada en el artículo 33 de la Ley 190, por cuanto ambas actuaciones son de reglamentación legal, motivo por el cual se complementan y no se excluyen.

7. No se pueden nombrar estudiantes en prácticas de los consultorios jurídicos como defensores de oficio.

El defensor de oficio se designará de las listas de auxiliares de la justicia. El cargo de defensor de oficio es obligatorio, salvo las excepciones de ley.

8. Las normas de procedimiento incluidas en los reglamentos de trabajo no tienen vigencia en la actualidad.

9. La regulación de términos y lo concerniente a sus prórrogas, ciñéndose estrictamente a la ley, no son contrarias a los principios de celeridad y eficacia. Aquellos son términos máximos, que no tienen por qué impedir la aplicación del principio de la celeridad en las actuaciones administrativas.

10. No se puede ordenar un procedimiento previo de valoración, tendiente a establecer la cuantía, en los procesos sobre el incremento patrimonial, por cuanto la misma ley lo prohíbe.

La reserva bancaria no es oponible para los asuntos relacionados con investigaciones disciplinarias.

11. Corresponde al funcionario investigador imponer la multa al testigo renuente en los términos y condiciones previstas en el artículo 52 de la Ley 200 de 1995. Para ello se procederá mediante resolución motivada, la cual es susceptible de reposición ante el mismo funcionario.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a los señores Ministro de Minas y Energía y Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

Roberto Suárez Franco, Presidente de la Sala; *Javier Henao Hidrón, César Hoyos Salazar; Luis Camilo Osorio Isaza.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

CONSULTA NUMERO 753

(5 de diciembre de 1995)

DIETAS - Concepto / VIATICOS - Concepto / GASTOS DE REPRESENTACION - Concepto.

Dieta, en plural, significa "estipendio que se da a los que ejecutan algunas comisiones o encargos por cada día que se ocupan en ellos, o por el tiempo que emplean en realizarlos"; bajo esta connotación queda comprendido el honorario que un funcionario devenga cada día mientras dura la comisión que se le confía fuera de su residencia. Viático es "la prevención, en especie o en dinero, de lo necesario para el sustento del que hace un viaje" (Diccionario de la Lengua Española, vigésima primera edición, 1992). Los gastos de representación son un factor salarial establecido para facilitar a una persona el desempeño de su cargo, que está investido de representación de la administración.

Autorizada su publicacion con oficio No. 649 de 18 de diciembre de 1995.

DIPUTADO - Período / DIPUTADO - Ejercicio de función pública / VEHICULO OFICIAL - Uso por Diputado / ASIGNACION DE RECURSOS PARA EL DESEMPEÑO DEL EMPLEO - Utilización / CONDUCTOR DE VEHICULO OFICIAL - Condiciones laborales especiales.

Si bien el período de los diputados es de tres años, la función pública de que están investidos la ejercen en forma intermitente, durante las sesiones legales (ordinarias o extraordinarias), reuniones de las comisiones de la asamblea, previstas en el reglamento, y actos oficiales a que asistan; y es durante estas oportunidades cuando pueden disponer de vehículos automotores oficiales que, como bienes fiscales del Estado, necesariamente deben estar destinados a la prestación del servicio público. De manera excepcional, también es posible que un diputado haga uso del vehículo oficial asignado cuando este comportamiento forme parte de especiales medidas de protección personal recomendadas por la autoridad competente. La situación de los conductores, en la época durante la cual no se usen los vehículos, se sujetará a las condiciones

establecidas para su vinculación o contratación y a las facultades que, sobre administración de personal, tenga el nominador.

Autorizada su publicación con oficio número 649 de 18 de diciembre de 1995.

Santa Fe de Bogotá, D. C., cinco (5) de diciembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: *César Hoyos Salazar.*

Radicación número 753.

Referencia: Asambleas Departamentales. Utilización de vehículos oficiales por parte de los diputados, cuando las asambleas están en receso.

El señor Ministro del Interior, doctor Horacio Serpa Uribe, formula a la Sala la siguiente consulta:

"En la época en que las Asambleas no estén reunidas en sesiones legales pueden sus miembros (Diputados) utilizar los vehículos oficiales del Departamento, lo que conllevaría erogaciones tales como mantenimiento, conductores, horas extras y demás gastos de funcionamiento, ya que se nos presenta la duda si estas erogaciones generarían en un momento dado, auxilio o prestaciones extralegales, prohibidos expresamente por los artículos 355 y el 150-19 literal d) de Carta Política y artículo 54 del Decreto 1222 de 1986?".

1. CONSIDERACIONES

1.1 **Asambleas Departamentales.** Son corporaciones administrativas integradas por no menos de once miembros ni más de treinta y uno, elegidos por votación popular.

> "Para ser elegido diputado se requiere ser ciudadano en ejercicio, tener más de veintiún años de edad, no haber sido condenado a pena privativa de la libertad, con excepción de los delitos políticos o culposos y haber residido en la respectiva circunscripción electoral durante el año inmediatamente anterior a la fecha de la elección" (art. 299 C.N.).

Los diputados no son funcionarios públicos, pero sí servidores públicos (arts. 123 y 299 C.N.) y como tales están al servicio del Estado y de la comunidad y ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. La ley fija el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los diputados, así como su responsabilidad y la manera de hacerla efectiva (arts. 299 y 124 C.N.).

1.2 **Honorarios de los Diputados.** Los miembros de las asambleas departamentales "tendrán derecho a honorarios por su asistencia a las sesiones correspondientes",

con las limitaciones que establezca la ley (art. 299 C. N.). "La ley podrá limitar las apropiaciones departamentales destinadas a honorarios de los diputados y a gastos de funcionamiento de las asambleas ..."(art. 308).

Los artículos 299 y 300 de la Constitución actualmente son objeto de un proyecto de reforma, mediante el acto legislativo radicado bajo los números 185 de 1995 en la Cámara y 27 en el Senado, que ya fue aprobado en un primer periodo legislativo y ahora, el segundo, se encuentra en trámite. En caso de aprobarse el acto legislativo, las asambleas departamentales gozarán de autonomía administrativa y presupuesto propio, y los diputados tendrán derecho a una remuneración durante las sesiones correspondientes y estarán amparados por un régimen de prestaciones y seguridad social, en los términos que fije la ley.

La Constitución de 1886 consagraba también la facultad de limitar las apropiaciones, pero no en relación con los honorarios sino con las asignaciones de los diputados (art. 190). En desarrollo de esa antigua norma, el Decreto-ley 1222 de 1986 ordenó:

> "La asignación diaria de los diputados a las asambleas departamentales, por dietas, viáticos, gastos de representación y cualquier otro concepto, en conjunto o separadamente, no podrá exceder de la suma total que por razón de dietas y gastos de representación perciban diariamente los miembros del Congreso.
>
> Las anteriores asignaciones **sólo se percibirán durante las sesiones ordinarias o extraordinarias** de la corporación, según el caso" (art. 55).

Dieta, en plural, significa "estipendio que se da a los que ejecutan algunas comisiones o encargos por cada día que se ocupan en ellos, o por el tiempo que emplean en realizarlos"; bajo esta connotación queda comprendido el honorario que un funcionario devenga cada día mientras dura la comisión que se le confía fuera de su residencia. Viático es "la prevención, en especie o en dinero, de lo necesario para el sustento del que hace un viaje" (Diccionario de la Lengua Española, vigésima primera edición, 1992). Los gastos de representación son un factor salarial establecido para facilitar a una persona el desempeño de su cargo, que está investido de representación de la administración.

De otra parte, el Estado para cumplir sus fines necesita recursos humanos, económicos y físicos. Con ese propósito, dentro de las disponibilidades presupuestales, asigna a la persona que ejerce la función pública los recursos físicos; entre éstos, oficinas, muebles, equipos de oficina, papelería, vehículos, etcétera. Todos estos bienes o elementos están destinados o afectados a cumplir el fin o servicio público que compete al individuo que desempeña el cargo (empleados oficiales) o ejerce la función respectiva (demás servidores públicos).

La remuneración que reciben los miembros de las asambleas departamentales, como los recursos físicos de que disponen, tienen como causa una situación jurídica,

nacida al amparo de normas constitucionales y legales que regulan la materia. Se configura por su elección, posesión y ejercicio de funciones en esa corporación administrativa, durante las correspondientes sesiones ordinarias o extraordinarias y demás actos oficiales. Por consiguiente, no pueden considerarse incluidos dentro de los auxilios o donaciones que prohíbe el artículo 355 de la Constitución.

Pero los recursos de que disponen sólo pueden emplearlos para desempeñar sus funciones. Al respecto, la Ley 200 de 1995, o Código Disciplinario Unico, en su artículo 41 dispone: "Son deberes de los servidores públicos...: Utilizar los recursos que tengan asignados para el desempeño de su empleo, cargo o función, ... exclusivamente para los fines a que están afectos" (num. 4), "Desempeñar su empleo, cargo o función sin obtener o pretender obtener beneficios adicionales a las contraprestaciones legales" (num. 8).

De manera que, si bien el periodo de los diputados es de tres años, la función pública de que están investidos la ejercen en forma intermitente, durante las sesiones legales (ordinarias o extraordinarias) , reuniones de las comisiones de la asamblea , previstas en el reglamento, y actos oficiales a que asistan; y es durante estas oportunidades cuando pueden disponer de vehículos automotores oficiales que, como bienes fiscales del Estado, necesariamente deben estar destinados a la prestación del servicio público.

De manera excepcional, también es posible que un diputado haga uso del vehículo oficial asignado cuando este comportamiento forme parte de especiales medidas de protección personal recomendadas por la autoridad competente.

La situación de los conductores, en la época durante la cual no se usen los vehículos, se sujetará a las condiciones establecidas para su vinculación o contratación y a las facultades que, sobre administración de personal, tenga el nominador.

En consecuencia, la **Sala Responde:**

Los miembros de las asambleas departamentales pueden utilizar los vehículos automotores oficiales, que les tenga asignados el departamento, durante las sesiones legales (ordinarias o extraordinarias) y, por fuera de éstas, para asistir a reuniones de las comisiones de la asamblea, previstas en el reglamento, y participar en actos oficiales. De manera excepcional, también es posible que hagan uso del vehículo oficial asignado cuando su utilización forme parte de especiales medidas de protección personal, que la autoridad competente les brinde.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a los señores Ministro del Interior y Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

Roberto Suárez Franco, Presidente de la Sala; *Javier Henao Hidrón, César Hoyos Salazar, Luis Camilo Osorio Isaza.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

CONSULTA NUMERO 761

(5 de diciembre de 1995)

INHABILIDAD PARA CONTRATAR - Pariente de concejal / PARENTESCO CON CONCEJAL - Grado de Consanguinidad.

La prohibición para que parientes de los concejales puedan celebrar contratos con el respectivo municipio, dispuesta por el artículo 19 de la Ley 53 de 1990, mantiene su vigencia, pero con la modificación introducida en relación con los grados de parantesco. Siguiendo la orientación de la Carta Política, la Ley 80 de 1993 también limita las inhabilidades por razón de vínculos de parantesco (*ibidem*, art. 8°.-2°, letra b). De manera que la prohibición ya no se extiende hasta el cuarto grado de consanguinidad sino hasta el segundo. No existe inhabilidad legal para contratar con el municipio por persona con parantesco de consanguinidad en tercer grado con un concejal. Adicionalmente se advierte que, en todos los casos, la entidad estatal deberá observar estrictamente los principios rectores de la contratación y el deber de selección objetiva del contratista.

Autorizada su publicación el 20 de diciembre de 1995.

Bogotá, D C., cinco (5) de diciembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Javier Henao Hidrón.

Radicación número 761.

Referencia: Inhabilidad de los parientes de los concejales para contratar con el municipio.

El señor director del Departamento Administrativo de la Función Pública explica que se ha presentado una controversia entre la oficina jurídica de su despacho y la del Ministerio del Interior, en torno al verdadero alcance de las prohibiciones para contratar con el municipio que prescribe la ley con respecto a los parientes de los concejales.

Concretamente se consulta si existe incompatibilidad para contratar con el correspondiente municipio por parte de una persona que tiene vínculos de parantesco, en tercer grado de consanguinidad, con el presidente del Concejo (relación tío-sobrino).

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE:

1. **Antecedentes legales**. Dada la forma como está planteada la consulta, es de rigor presentar los antecedentes legales sobre la prohibición a parientes de concejales, para contratar con la respectiva entidad estatal:

1.1. Con anterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo que estableció en Colombia la elección de los alcaldes por el voto directo de los ciudadanos del respectivo municipio, o sea, con antelación al mes de marzo de 1988, fecha en que tuvo lugar la primera elección popular de los alcaldes, prescribió la Ley 11 de 1986, artículo 57, incorporado como artículo 87 al Código de Régimen Municipal o Decreto-ley 1333 de 1986:

> "Los concejales principales y suplentes no podrán ser nombrados empleados o trabajadores del respectivo municipio, a menos que fuere en los cargos de secretario de la alcaldía o gerente de entidad descentralizada.
>
> Los personeros, tesoreros, contralores, auditores y revisores no podrán nombrar para ningún cargo en las oficinas de su dependencia a los concejales principales o suplentes, ni a los parientes de los mismos dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil. Es nulo todo nombramiento que se haga en contravención a lo aquí dispuesto".

1.2 El mencionado artículo 57 del Código de Régimen Municipal, al ser modificado por el artículo 19 de la Ley 53 de 1990, quedó redactado así:

> "Los concejales principales y suplentes, no podrán ser nombrados empleados oficiales del respectivo municipio, a menos que fuere en los cargos de alcalde, por designación o nombramiento. En tal caso, se producirá pérdida automática de su investidura, a partir de la fecha de su posesión.
>
> El cónyuge, compañero o compañera permanente, ni los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil del alcalde, de los concejales principales o suplentes, del contralor, del personero, del secretario del concejo, de los auditores o revisores, no podrán ser nombrados ni elegidos para cargo alguno en ninguna dependencia del respectivo municipio, **ni contratar con el mismo**, dentro del periodo para el cual fueron elegidos" (subrayado fuera de texto).

1.3 La Ley 80 de 1993 o Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en su artículo 8°. subtitulado **De las inhabilidades e incompatibilidades para contratar**, dispuso que son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades públicas: los servidores públicos; quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad; quienes en sentencia judicial hayan sido condenados a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas; quienes hayan sido sancionados disciplinariamente con destitución, etcétera, y, ade-

más, de manera general "las personas que se hallen inhabilitadas para contratar por la Constitución y las leyes" (numeral 1°, letra a.).

En el numeral 2°. del mismo artículo se señala que "tampoco podrán participar en licitaciones o concursos ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva":

(...)

"b. Las personas que tengan vínculos de parantesco, hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con los servidores públicos de los niveles directivos, asesor, ejecutivo o con los miembros de la junta o consejo directivo, o con las personas que ejerzan el control interno o fiscal de la entidad contratante.

c. El cónyuge, compañero o compañera permanente del servidor público en los niveles directivo, asesor, ejecutivo, o de un miembro de la junta o consejo directivo, o de quien ejerza funciones de control interno o de control fiscal".

1.4 La Ley 136 de 1994, "por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios", en el artículo 48 que lleva el subtítulo de **Prohibiciones relativas a cónyuges, compañeros permanentes y parientes de los concejales,** preceptuó:

"Los concejos no podrán nombrar, elegir o designar como servidores públicos a personas con las cuales los concejales tengan parantesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente. Tampoco podrán designar a personas vinculadas por los mismos lazos con servidores públicos competentes para intervenir en su designación.

Los cónyuges o compañeros permanentes de los concejales y sus parientes dentro del segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o primero civil, no podrán ser designados funcionarios del respectivo municipio.

Los cónyuges o compañeros permanentes de los concejales y sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, no podrán ser miembros de juntas o consejos directivos de entidades de los sectores central o descentralizado del correspondiente municipio.

Parágrafo 1°. Es nulo todo nombramiento o designación que se haga en contravención a lo dispuesto en el presente artículo.

Parágrafo 2°. Se exceptúan de lo previsto en este artículo, los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre carrera administrativa".

En relación con las incompatibilidades de los concejales, la Ley 136 dispuso, entre otras, la consistente en que no podrán:

"Aceptar o desempeñar cargo alguno en la administración pública, ni vincularse como trabajador oficial o contratista, so pena de perder la investidura" (art. 45, numeral 1), precepto que fue modificado por el artículo 3° de la Ley 177 de 1994, así:

"Aceptar o desempeñar cargo alguno en la administración pública ni vincularse como trabajador oficial, so pena de perder la investidura.

Tampoco podrán contratar con el respectivo municipio o distrito y sus entidades descentralizadas".

II. Análisis de la cuestión planteada.- Producida la primera elección popular de los alcaldes, la Ley 53 de 1990 introdujo algunas reformas al Código de Régimen Municipal. Una de tales enmiendas consistió en prohibir que los concejales pudieran ser nombrados empleados oficiales del respectivo municipio, a menos que fuere en los cargos de alcalde, por designación o nombramiento e, igualmente, en prohibir que los parientes dentro del cuarto grado civil de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil (además del cónyuge, compañero o compañera permanente) de los concejales, así como también del alcalde, del contralor, del personero, del secretario del concejo, pudieran ser nombrados o elegidos para cargo alguno en ninguna dependencia del respectivo municipio, agregando que tampoco podían contratar con dicha entidad territorial, dentro del periodo "para el cual fueron elegidos".

Existía, pues, un tratamiento similar de las prohibiciones relacionadas con el nombramiento de parientes de los concejales en dependencias municipales y con la celebración de contratos por parte de aquellos con el correspondiente municipio.

La Constitución Política expedida el 7 de julio de 1991, trató expresamente el tema de los nombramientos en la administración municipal de personas vinculadas mediante parantesco a los concejales, en los siguientes términos:

"No podrán ser designados funcionarios de la correspondiente entidad territorial los cónyuges o compañeros permanentes de los diputados o concejales, ni sus parientes en el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil" (artículo 292, inciso segundo).

Fue por ello por lo que, al regular el aspecto que se comenta, la Ley 136 de 1994 procedió a mantener la prohibición pero disminuyendo en relación con ella los grados de parantesco de consanguinidad y de afinidad, del cuarto hasta el segundo y del segundo al primero, respectivamente, en consonancia con el mandato constitucional, y así dispuso:

"Los cónyuges o compañeros permanentes de los concejales y sus parientes dentro del segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o primero civil, no podrán ser designados funcionarios del respectivo municipio" (art. 48, inciso segundo).

Ciertamente, la Ley 136 de 1994 guardó silencio en cuanto a la prohibición que traía la Ley 53 de 1990 para que el cónyuge, compañero o compañera permanente y los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o único civil, de los concejales, contratasen con el respectivo municipio.

La mencionada circunstancia pudiera ser interpretada en el sentido de que la nueva ley, con su silencio, lo que hizo fue derogar la prohibición en materia contractual, y por tanto, habilitar a los parientes de los concejales, sin ninguna aparante restricción, para la celebración de contratos estatales. Sin embargo, no puede perderse de vista que en el intervalo entre ambas leyes fue expedida no solamente una nueva Carta Política sino también un nuevo Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

La Constitución, en efecto, al referirse a los parientes de los concejales, los inhabilitó en el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad y único civil, para ser designados funcionarios del correspondiente municipio, así como a sus cónyuges o compañeros permanentes.

La Ley 80 de 1993, aunque no se refirió específicamente a los concejales y sus parientes para efectos de prohibirles la participación en licitaciones o concursos y la celebración de contratos estatales, ya con "entidades estatales" o bien con la "entidad respectiva", si incluyó a los primeros en la expresión genérica de servidores públicos (art. 8°- 1°. letra f.), con lo cual quedaban inhabilitados para proceder en tal sentido en relación con "entidades estatales" (la Ley 136 les prohibió hacerlo con la "administración pública" y la Ley 177, finalmente, con "el respectivo municipio o distrito y sus entidades descentralizadas"). Respecto de las personas unidas con vínculos de parantesco (hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil) con servidores públicos, les prohibió la participación en licitaciones o concursos y la celebración de contratos "con la entidad respectiva", siempre y cuando aquellos servidores pertenecieran a los niveles directivo, ejecutivo o asesor; ninguna de estas restricciones puede predicarse en relación con los concejales, quienes, si bien participan del calificativo de servidores públicos, no son empleados o funcionarios y, por tanto, esos niveles de administración de personal no les son aplicables.

Con todo, las inhabilidades e incompatibilidades para contratar con entidades estatales, no son solamente las establecidas por la Ley 80 de 1993, sino también las de orden constitucional y las que se determinen en otras leyes (*ibidem*, art. 8° -1°, letra a.).

El artículo 19 de la Ley 53 de 1990 fue primero modificado por la Carta Política de 1991 (inciso segundo del art. 292) y luego por la Ley 136 de 1994 (inciso segundo del art. 48), pues ambas normas coincidieron en variar los grados de consanguinidad y afinidad que estaban vedados, disminuyéndolos del cuarto hasta el segundo y del segundo al primero, respectivamente, con lo cual se hizo menos estricta la prohibición relacionada con la designación de parientes de los concejales como funcionarios municipales. En el punto concreto de la prohibición para contratar, la Ley 80 de 1993 no

derogó lo dispuesto por la ley primeramente citada, ni de manera expresa (*ibidem*, art. 81), ni tácita, sino que, por el contrario, avaló su fuerza jurídica al advertir que las inhabilidades para contratar con el Estado eran, también, las prescritas en la Constitución y en las leyes.

Por consiguiente, la prohibición para que parientes de los concejales puedan celebrar contratos con el respectivo municipio, dispuesta por el artículo 19 de la Ley 53 de 1990, mantiene su vigencia, pero con la modificación introducida en relación con los grados de parantesco. Siguiendo la orientación de la Carta Política, la Ley 80 de 1993 también limita las inhabilidades por razón de vínculos de parantesco (*ibidem*, art. 8º- 2º., letra b.). De manera que la prohibición ya no se extiende hasta el cuarto grado de consanguinidad sino hasta el segundo.

Se responde:

No existe inhabilidad legal para contratar con el municipio por persona con parantesco de consanguinidad en tercer grado con un concejal.

Adicionalmente se advierte que, en todos los casos, la entidad estatal deberá observar estrictamente los principios rectores de la contratación y el deber de selección objetiva del contratista.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a los señores Director del Departamento Administrativo de la Función Pública y Secretario Jurídico de la Presidencia de la República (C.C.A., art. 112).

Roberto Suárez Franco, Presidente de la Sala; *Javier Henao Hidrón, César Hoyos Salazar, Luis Camilo Osorio Isaza.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

CONSULTA NUMERO 751
(6 de diciembre de 1995)

PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD POR DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO DEL ESTADO - Intemporalidad / PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD - Causal de inhabilidad.

La causal de inhabilidad se predica en cada caso desde el momento en que la ley lo determina. Así para el ejercicio de los cargos de alcalde, miembro de junta administradora y contralor, la sentencia condenatoria a pena privativa de la libertad debe haberse proferido dentro de los diez años anteriores a la elección (artículos 95-1, 124-1, 163-C, Ley 136 de 1994). Para el cargo de concejal, a la fecha de la inscripción (artículo 43-1) y para el cargo de personero en cualquier época (artículo 174-C). Para aplicar la causal de inhabilidad por condena a pena privativa de la libertad se requiere que la condena esté vigente, salvo las excepciones constitucionales que le otorgan un carácter permanente. Y las legales que señalen un término de prescripción. Tratándose de condenas por delitos contra el patrimonio del Estado, éstas por excepción tienen efectos intemporales por mandato constitucional (artículo 122), e inhabilitan en todo tiempo dichas condenas no son susceptibles del beneficio de la rehabilitación.

Autorizada su publicación el 18 de diciembre de 1995.

EJERCICIO DE LA ABOGACIA POR DIPUTADOS, CONCEJALES Y EDILES - Excepción legal / GESTION DE NEGOCIOS DE DIPUTADOS, CONCEJALES Y EDILES - Aplicación Código Unico Disciplinario / INCOMPATIBILIDADES DE DIPUTADOS, CONCEJALES Y EDILES - Ejercicio de la Abogacía.

Se entienden incorporadas a la Ley 200 de 1995 las inhabilidades e incompatibilidades y sus excepciones, previstas en la ley y los reglamentos administrativos, en cuanto no sean incompatibles con las disposiciones que sobre la materia establece dicho Estatuto. Los diputados, concejales y miembros de las juntas administradoras locales, que ejer-

zan la abogacía pueden litigar ante la rama judicial "en las diligencias o actuaciones en las que conforme a la ley, ellos mismos, su cónyuge, sus padres o hijos tengan interés" y "en los procesos que se ventilen ante la rama jurisdiccional del poder público". Sin embargo, durante el respectivo período los diputados y concejales no pueden ser "apoderados ni peritos en los procesos de toda clase que tengan por objeto gestionar intereses fiscales o económicos del respectivo municipio, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del orden municipal y las sociedades de economía mixta en las cuales las mismas entidades tengan más del cincuenta por ciento (50%) del capital" (artículos 52 a-d del Decreto 1222 de 1986; 46 a-d de la Ley 136 de 1994). Respecto de los miembros de las juntas administradoras locales, que ejerzan la abogacía, pueden ser apoderados en los procesos que se ventilen ante la Rama Jurisdiccional del poder público, sin ninguna limitación (artículo 128-d Ley 136 de 1994). Los diputados, concejales y miembros de las juntas administradoras locales que ejerzan la abogacía, pueden litigar en causa propia ante la rama judicial en todos los casos en que lo permiten las excepciones consagradas en los artículos 52 del Decreto 1222 de 1986, 46 y 128 de la Ley 136 de 1994 y en el Decreto 196 de 1971. Los anteriores servidores pueden directamente o por medio de apoderado actuar en las "diligencias o actuaciones administrativas... en las que conforme a la ley ellos mismos, su cónyuge, sus padres o sus hijos tengan legítimo interés" (artículos 52-a Decreto 1222 de 1986, 46-a y 128-a de la Ley 136 de 1994). Por lo tanto, pueden ser apoderados ante los organismos de control en los términos indicados. La "gestión" que prohíbe la Ley 200 se refiere al adelantamiento de cualquier negocio o asunto en representación de un tercero. Su alcance se concreta en los términos del artículo 44-1-b, a la imposibilidad de gestionar a nombre de otros asuntos ante las respectivas autoridades administrativas, salvo las excepciones consagradas en los artículos 52 del Decreto 1222 de 1986, 46 y 128 de la Ley 136 de 1994. Ante las jurisdiccionales, sólo los abogados pueden actuar como apoderados a nombre de terceros, o como gestores de negocios, en los casos que autorizan las citadas disposiciones.

Autorizada su publicación el 18 de diciembre de 1995.

DOCENTE OFICIAL - Inhabilidad para desempeñar cargo de elección popular / INHABILIDAD DE DOCENTE OFICIAL - Término para ejercer cargo de elección popular / EMPLEADO OFICIAL - Inhabilidad para desempeñar cargo de elección popular.

Los "docentes oficiales" no pueden válidamente ser elegidos concejales o diputados si dentro de los seis meses anteriores a la elección han ejercido tales funciones (artículo 11, Ley 177 de 1994, artículo 44-5 Ley

200 de 1995). Los empleados oficiales, sólo pueden ser elegidos válidamente diputados o concejales si dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección han hecho dejación del cargo (artículo 44-5 Ley 200 de 1995).

Autorizada su publicación el 18 de diciembre de 1995.

Santa Fe de Bogotá, D. C., seis de diciembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: *Roberto Suárez Franco.*

Radicación número 751.

Referencia: Inhabilidades e incompatibilidades de algunos servidores públicos territoriales. Ley 200 de 1995. "Código Disciplinario Unico".

El señor Ministro del Interior formula la siguiente consulta sobre el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de algunos servidores públicos territoriales, así:

"a) **SENTENCIA JUDICIAL A PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD**

Se pregunta lo siguiente:

1. ¿La causal mencionada como inhabilidad se predica, conforme lo indica la Ley 136 para cada caso, inscripción o elección, o para el desempeño del cargo, como lo ordena la Ley 200 de 1995?

2. ¿La causal debe entenderse como la sentencia a pena privativa de la libertad, con las excepciones de ley, que se haya proferido contra una persona en cualquier tiempo, o la misma debe estar vigente?

3. ¿Los delitos cometidos contra el patrimonio del Estado son rehabilitables?

"b) **APODERAMIENTO Y GESTION**

Se pregunta lo siguiente:

1. ¿Se entienden incorporadas en el Código Unico Disciplinario las causales de incompatibilidad, con sus excepciones, que las disposiciones legales consagran para los Miembros de las Juntas Administrativas Locales (artículo 126 de la Ley 136 de 1994), Diputados y Concejales?

2. ¿En qué casos pueden los Diputados, Concejales y Miembros de las Juntas Administrativas Locales litigar ante la Rama Judicial?

3. ¿Si la incompatibilidad de la Ley 200 de 1995 se limita al apoderamiento, pueden concejales, diputados y miembros de las Juntas Administradoras Locales litigar en causa propia ante la Rama Judicial?

4. ¿Pueden, los anteriores servidores públicos, ser apoderados ante los organismos de control?

5. ¿En qué consiste la "Gestión" que prohíbe la Ley 200 de 1995, en el artículo citado (artículo 44), y cuáles son sus alcances respecto de los mismos servidores públicos antes mencionados?

"c) **INHABILIDADES DE LOS EMPLEADOS OFICIALES PARA SER ELEGIDO DIPUTADOS O CONCEJALES**

Se pregunta lo siguiente:

1. Los docentes oficiales pueden ser elegidos concejales?

2. Los empleados oficiales que no ostenten autoridad, jurisdicción, o dirección administrativa, que no pertenezcan a los organismos de control electoral, o a la rama judicial, ¿con qué antelación deben retirarse de sus empleos o terminar sus contratos de trabajo, para ser elegidos diputados o concejales?

I. La **Sala considera:**

En el mismo orden se analizarán los temas propuestos a consideración de la Sala:

a) **INHABILIDADES GENERADAS POR CONDENA, MEDIANTE SENTENCIA JUDICIAL, A PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD**

1. La Ley 200 de 1995, por la cual se adopta el "Código Disciplinario Unico", señala en su artículo 42 que se entienden incorporadas en dicho Estatuto "las incompatibilidades e inhabilidades previstas en la Constitución, la ley y los reglamentos administrativos...".

El artículo 43, numeral 1° de la citada ley, consagra como inhabilidad para desempeñar cargos públicos, el "haber sido condenado por delito sancionado con pena privativa de la libertad, excepto cuando se trate de delitos políticos o culposos salvo que estos últimos hayan afectado la administración pública".

1.1 Al consagrar la Ley 136 de 1994 la causal de inhabilidad por la existencia de sentencia condenatoria de carácter penal, para el ejercicio de los cargos de alcalde, miembro de junta administradora, contralor, concejal y personero, fija indistintamente los efectos en el tiempo de la presencia de la causal.

Así, para los cargos de alcalde, miembros de juntas administradoras locales y contralor, la causal de inhabilidad la defiere al momento de la elección o designación, en los siguientes términos:

Alcalde. No podrá ser elegido ni designado alcalde, quien "haya sido condenado por más de dos años a pena privativa de la libertad entre los diez años anteriores a su elección, excepto cuando se trate de delitos políticos y culposos, siempre que no ha-

yan afectado el patrimonio del Estado" (artículo 95).

Miembros de Juntas Administradoras Locales. No podrán ser elegidos miembros de Juntas Administradoras Locales quienes "hayan sido condenados a pena privativa de la libertad dentro de los diez años anteriores a la elección, excepto en los casos de delitos culposos o políticos" (artículo 124-1).

Contralor. No podrá ser elegido contralor quien esté incurso dentro de las inhabilidades señaladas en el artículo 95 y parágrafo en lo que sea aplicable (artículo 163), es decir, quien "haya sido condenado por más de dos años a pena privativa de la libertad entre los diez años anteriores a su elección, excepto cuando se trate de delitos políticos y culposos, siempre que no hayan afectado el patrimonio del Estado".

1.2 La referencia "al momento de la elección", implica una situación jurídica que impide al aspirante ser válidamente elegido, generando en caso de que ésta se produzca la posibilidad de la nulidad del acto de elección.

La inhabilidad para el ejercicio de estos cargos tiene una limitación en el tiempo, como es que la sentencia condenatoria se hubiere proferido dentro de los diez años anteriores a la elección.

1.3 Para el ejercicio del cargo de concejal, prevé el artículo 43-1 que no podrá tener tal calidad, quien haya sido condenado "a la fecha de la inscripción por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos, salvo que estos últimos hayan afectado el patrimonio del Estado".

Al igual que en el caso anterior, la ley consagra un requisito en cuanto a los efectos en el tiempo de la causal, referido "al momento de la inscripción". Es decir, que desde antes de la elección le está vedado al aspirante participar en la contienda electoral, impidiéndole inscribir su candidatura a la respectiva Corporación. En este evento también la causal impide al aspirante ser válidamente elegido.

1.4 Para el ejercicio del cargo de personero, señala el artículo 174-C que no podrá ser elegido "quien haya sido condenado, en cualquier época, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos".

La inhabilidad como restricción al derecho fundamental de ser elegido, opera en este caso "en cualquier época" anterior al acto de elección y fundamenta su anulación.

Por lo tanto, siendo las inhabilidades prohibiciones para ser elegido por motivos de interés público, anteriores al acto de elección, se predica en los términos en que para cada caso concreto señala la ley.

2. En cuanto a la vigencia de la condena, se tiene lo siguiente:

En sentencia de 9 de junio de 1988, por la cual la Corte Suprema de Justicia declaró exequible el literal c) del artículo 5° de la Ley 78 de 1986, que consagraba

similar causal de inelegibilidad para la elección de alcalde, se hicieron las siguientes precisiones sobre la vigencia de la condena para efecto de determinar el alcance de la inhabilidad:

"...

"Para el caso de los individuos que hayan sido condenados a penas privativas de la libertad, esta Corporación entiende que la inhabilidad que establece el literal c) del artículo 5° de la Ley 78 de 1986, debe predicarse sólo de aquellas condenas vigentes, no cumplidas, suspendidas en su ejecución o condicionales, y no extinguidas. Esto porque a juicio de la Corte, en nuestro ordenamiento jurídico, las penas no pueden tener efectos intemporales y en el asunto que se resuelve debe interpretarse lo establecido por la ley de modo sistemático, al lado de las demás normas que en el ámbito del Derecho Penal regulan los fenómenos de la prescripción, la rehabilitación y la extinción de aquellas.

"...

"Advierte la Corte que, de acuerdo con jurisprudencia reiterada, las penas en nuestro ordenamiento jurídico no pueden tener efectos intemporales.

"Así, generalmente, la pena de prisión implica las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas, por un período igual al de la pena principal (artículo 52 del Código Penal). Pero aún en este caso la propia Constitución en su artículo 14, desarrollado legislativamente en el Código Penal, prevé la figura de la rehabilitación (artículo 92 C. P.).

"...

"También en el caso de la prescripción de la acción y de la pena a que se refieren los artículos 79 a 90 del Código Penal, hay que tener en cuenta que por estos mandatos legales se purga la inhabilidad prevista en la norma que se examina. Lo mismo puede predicarse de los efectos jurídico-penales de la amnistía y del indulto, conforme a lo previsto por el artículo 78 del mismo Código Penal.

"Así mismo, en los casos de pena de arresto, que no lleve consigo la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, una vez cumplida aquella, el ciudadano recobra su capacidad para ser elegido como alcalde".

2.1 El criterio sobre la no intemporalidad de la pena ha sido acogido por la jurisprudencia de esta Corporación y aplicado en varios fallos de la Sección 5ª, para la cual la inhabilidad por condena a pena privativa de la libertad opera en tanto esté vigente la condena. Así, ha expresado lo siguiente:

"...

"...aunque la norma no lo diga textualmente, la inhabilidad prevista en el literal c) del artículo 5° de la Ley 78 de 1986, consistente en que no podrá ser elegido ni designado alcalde quien "haya sido llamado a juicio o condenado a pena privativa de la

"libertad excepto cuando se trate de delitos políticos", ha de encontrarse vigente en la fecha de la elección, tal como surge de su interpretación sistemática, teniendo en cuenta tanto los principios constitucionales que protegen el ejercicio de los derechos ciudadanos, como las demás normas que en el campo del derecho penal regulan la institución jurídica de la extinción de la acción penal y de la pena, ya por agotamiento del ministerio punitivo (sentencia absolutoria, cesación de procedimiento, sobreseimiento definitivo o cumplimiento de la condena), ora por la intervención de causas que pongan fin a la persecución penal (desistimiento, prescripción, extinción por cumplimiento del período de prueba). (Sentencia noviembre 25 de 1988).

2.2 Siguiendo el criterio jurisprudencial expuesto que tiene respaldo en los cánones constitucionales contenidos en los artículos 28 y 98 de la Carta, la causal referida a la existencia de condena a pena privativa de la libertad, salvo las excepciones constitucionales y legales, supone para su aplicabilidad el que la pena esté vigente, esto es, que no hubieren operado fenómenos tales como la prescripción, artículo 87 del C.P., la extinción por cumplimiento del período de prueba, artículos 68 y 71 de la C.P., la rehabilitación, artículo 92 C.P., y cuando una nueva ley ha quitado explícita o implícitamente el carácter de delito a un hecho que antes lo tenía y por el cual se impuso la interdicción, artículo 45 inciso 2° de la Ley 153 de 1887.

2.3 En efecto, el principio según el cual no habrá penas imprescriptibles no opera en todos los casos de inhabilidad originada por sentencia condenatoria a pena privativa de la libertad, porque la Constitución trae algunas excepciones como las consagradas en los artículos 122, 179-1, 179-4 que inhabilitan con carácter permanente para el desempeño de funciones públicas y constituyen una excepción a la norma también constitucional que consagra la temporalidad de las penas.

En igual sentido la ley consagra en algunos casos efectos permanentes a la causal de inhabilidad por condena judicial a pena privativa de la libertad, y en otros los circunscribe a un determinado período.

Así, respecto de los cargos de alcalde, miembro de junta administradora local y contralor, la inhabilidad la limita a los 10 años anteriores a la elección. Para concejal en el mismo término contado a partir de la inscripción. Quiere decir que se configura la causal en forma permanente si en este lapso el aspirante registra una sentencia condenatoria a pena privativa de la libertad (artículos 95-1, 124-1, 163-C, 43-1 de la Ley 136 de 1994). Caso especial es el del personero: si bien la Constitución Política prohíbe las penas imprescriptibles (artículo 28), la ley establece que no podrá ser elegida para dicho cargo la persona que "en cualquier época" haya sido condenada a pena privativa de la libertad (artículo 174-C Ley 136 de 1994).

2.4 La Ley 190 de 1995 "por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la Administración Pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa", en su artículo 17 modificó el Código Penal, adicionando un artículo con el número 59A, mediante el cual extiende el beneficio de rehabilitación a los casos en que el servidor público fuere condenado por delitos contra el patrimonio

del Estado, no obstante que el inciso final del artículo 122 de la Constitución expresamente inhabilita, en estos casos, para el desempeño de funciones públicas; como tal disposición es abiertamente contraria al precepto constitucional, debe darse aplicación preferente a éste, de conformidad con el artículo 4° de la Carta.

3. Con lo anterior se aclara el contenido de la pregunta tercera, en cuanto a que tratándose de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado, la inhabilidad consagrada en el artículo 122 de la Constitución impide el ejercicio de funciones públicas en forma permanente, y por consiguiente no operan los fenómenos que inciden en la vigencia de la pena, como sería la rehabilitación.

b) **APODERAMIENTO Y GESTION**

1. La Constitución defiere a la ley el señalamiento del régimen de incompatibilidades e inhabilidades para los diputados a las Asambleas Departamentales, artículo 299, y para los miembros de los Concejos Municipales, artículo 312.

Por su parte, el artículo 293 de la Carta señala que sin perjuicio de lo establecido en la Constitución, la ley determinará las calidades, inhabilidades, incompatibilidades, fecha de posesión, período de sesiones, faltas absolutas o temporales, causas de destitución y formas de llenar las vacantes de los ciudadanos que sean elegidos por voto popular para el desempeño de funciones públicas en las entidades territoriales.

Es decir, que el legislador goza de discrecionalidad para determinar dichas causales, sin más limitaciones que la misma Constitución, correspondiéndole evaluar y definir los hechos, actos o situaciones constitutivas de incompatibilidad o inhabilidad para ejercer cargos públicos.

1.1 Así, el artículo 44 numeral 1° de la Ley 200 de 1995, consagra "otras incompatibilidades" referidas a los gobernantes, diputados, alcaldes, concejales y miembros de las juntas administrativas locales, desde el momento de su elección y hasta cuando esté legalmente terminado el período, así como para quienes los reemplacen en el ejercicio del mismo, los cuales no podrán:

"a) Intervenir en nombre propio o ajeno en procesos o asuntos en los cuales tengan interés el departamento, o el municipio o el distrito o las entidades descentralizadas correspondientes.

"b) Ser apoderados o gestores ante entidades o autoridades administrativas o jurisdiccionales.

"Las incompatibilidades de que trata este artículo se entienden sin perjuicio de las actuaciones de todo orden que deban cumplir en razón del ejercicio de sus funciones", "salvo las excepciones constitucionales y legales" (44-2).

1.2 Al establecer el artículo 42 de la Ley 200 de 1995, que se entienden incorporadas las incompatibilidades e inhabilidades previstas en la Constitución, la ley y los reglamentos administrativos, se entiende que salvo la primera, las demás lo son en

cuanto no resulten incompatibles con las disposiciones que sobre la materia establece dicho Estatuto, el cual por ser posterior y de carácter especial prima sobre disposiciones anteriores, según la regla de interpretación contenida en los artículos 2° de la Ley 153 de 1887 y 5 de la Ley 57 de 1887.

En este sentido las excepciones que las disposiciones legales consagran para los miembros de juntas administradoras locales, diputados y concejales, lo son en la medida en que no sean contrarias con las "otras" causales de inhabilidad e incompatibilidad que la Ley 200 de 1995 consagra para dichos funcionarios.

2. La Ley 200 de 1995 prohíbe a los miembros de juntas administradoras locales, diputados y concejales, desde el momento de su elección y hasta cuando esté legalmente terminado el período, "intervenir en nombre propio o ajeno en procesos o asuntos en los cuales tenga interés o el municipio o el distrito o las entidades descentralizadas correspondientes", y "ser apoderados o gestores ante entidades o autoridades administrativas o jurisdiccionales" (artículo 44-1, a-b), "salvo las excepciones constitucionales y legales" (artículo 44-2).

Una interpretación armónica del artículo 44 permite inferir que la salvedad sobre las "excepciones constitucionales y legales" consignada en el numeral 2°, está referida no sólo al ejercicio de la docencia por más de ocho horas semanales dentro de la jornada laboral, sino a las prohibiciones generales que trae el numeral 1°, porque como se anotó, la incorporación en el "Código Disciplinario Unico" de las "incompatibilidades e inhabilidades previstas en la Constitución, la ley y los reglamentos administrativos" (artículo 42), comprende no sólo el catálogo de prohibiciones sino sus excepciones en lo que no fuere incompatible. Y en tratándose de algunas actividades jurisdiccionales de apoderamiento y gestión la ley permite su ejercicio respecto de servidores de elección popular, que como los diputados y concejales, según la Constitución Política, no tienen la calidad de "funcionarios públicos" (artículo 299 inciso 3°) ni de "empleados públicos" (artículo 312 inciso 2°), respectivamente.

Por lo tanto, se entienden incorporadas las excepciones legales que permiten a los diputados, a los concejales y a los miembros de juntas administradoras locales actuar directamente o por medio de apoderado en los asuntos que en su orden señalan los artículos 52 del Decreto 1222 de 1986, 46 y 128 de la Ley 136 de 1994.

3. En cuanto al alcance de la "gestión" que prohíbe el literal b) numeral 1° del artículo 44 de la Ley 200 de 1995, se precisa lo siguiente:

El artículo 1505 del C. C. habla de la representación en los siguientes términos:

"Lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultado para ello o por la ley para representarla, produce respecto del representado, iguales efectos que si hubiera contratado él mismo".

Del texto de la norma surge que la representación puede ser legal y voluntaria o convencional; ésta última es la que nace de la voluntad de los particulares como el

mandato, en virtud del cual una parte llamada mandante entrega a otra llamada mandataria, la gestión de uno o más negocios, por cuenta y riesgo de la primera. Constituye el objeto del mandato la declaración de voluntad del mandante o sea el propósito de la gestión.

También puede actuarse a nombre de otro, a través de la "agencia oficiosa", llamada comúnmente "gestión de negocios", según los términos del artículo 2304 del C. C., consistente en la administración de negocios ajenos sin mandato para la gestión.

Entonces, la palabra "gestión" que trae el literal b) del artículo 44-1 de la Ley 200 de 1995, se encuentra en cualquiera de estas dos modalidades de gestión a nombre de terceros, salvo el ejercicio de la profesión de abogado que sólo se limita en asuntos relacionados con el respectivo departamento o municipio.

c) INHABILIDADES DE LOS EMPLEADOS OFICIALES PARA SER ELEGIDOS DIPUTADOS O CONCEJALES

1. Señala el artículo 44 numeral 5° de la Ley 200 de 1995 que "No podrán ser elegidos diputados ni concejales quienes dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección hayan sido empleados públicos o trabajadores oficiales, ni quienes en cualquier época y por autoridad competente hayan excluidos en el ejercicio de una profesión o se encuentren en interdicción para la ejecución de funciones públicas".

1.2. El artículo 43 numeral 3 de la Ley 136 de 1994, al fijar las causales de inhabilidad para ser concejal, consagró el haber sido empleado público o trabajador oficial dentro de los tres meses anteriores a la fecha de la inscripción, "salvo que desempeñe funciones docentes de educación superior". Esta disposición fue modificada por el artículo 11 de la Ley 177 de 1994 en el sentido de fijar el término de la inhabilidad a partir de la fecha de la elección.

El artículo 45 de la misma ley que consagra el régimen de incompatibilidades de los concejales establece en el parágrafo primero que se exceptúa de dicho régimen el ejercicio de la cátedra universitaria.

1.3. Sin embargo, las expresiones "de educación superior" contenida en el numeral 3 del artículo 43 de la Ley 136 de 1994 y 11 de la Ley 177 de 1994, así como la palabra "universitaria" que aparece en el parágrafo primero del artículo 45 de la Ley 136 de 1994, fueron declaradas inexequibles en sentencia de la Corte Constitucional C-231 de 25 de mayo de 1995, por violar el principio de igualdad contenido en el artículo 13 de la Carta, porque excluía "tan solo a los docentes de 'educación superior' como a los de cátedra 'universitaria' del régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los concejales, y no a los demás que ejerzan sus funciones dentro de los distintos niveles de la educación según el escalafón docente".

1.4. Por lo tanto, la causal de inhabilidades tanto en el artículo 11 de la Ley 177 de 1994 como en el 44-5 de la Ley 200 de 1995, se refiere al hecho de haber ostentado

la calidad de empleado público o trabajador oficial, sin excepción a ningún cargo o función, durante el lapso de seis meses anteriores a la elección, según el nuevo término que fijó la Ley 200 de 1995.

Es decir, que los "docentes oficiales" por ostentar la calidad de empleados públicos o trabajadores oficiales si la vinculación es contractual, no pueden ser elegidos concejales o diputados si dentro de los seis meses anteriores a la elección han ejercido tales funciones.

2. La inhabilidad para ser elegido diputado o concejal la remite el artículo 44-5 de la Ley 200 en forma genérica al hecho de haber sido empleados públicos o trabajador oficial dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección, sin hacer mención a su categoría y atribuciones.

La diferenciación en cuanto al ejercicio de jurisdicción, autoridad civil o política, cargos de dirección administrativa o el desempeñarse en los órganos judicial, electoral o de control, la refiere el artículo 127 de la Constitución como prohibición a los empleados del Estado y de sus entidades descentralizadas, para "tomar parte en las controversias políticas" o "en las actividades de los partidos o movimientos" y no como causal de inhabilidad.

II. LA SALA RESPONDE:

a) SENTENCIA JUDICIAL PRIVATIVA DE LA LIBERTAD

1. La causal de inhabilidad se predica en cada caso desde el momento en que la ley lo determina. Así para el ejercicio de los cargos de alcalde, miembro de junta administradora y contralor, la sentencia condenatoria a pena privativa de la libertad debe haberse proferido dentro de los diez años anteriores a la elección (artículos 95-1, 124-1, 163-C Ley 136 de 1994). Para el cargo de concejal, a la fecha de la inscripción (artículo 43-1) y para el cargo de personero en cualquier época (artículo 174-c).

2. Para aplicar la causal de inhabilidad por condena a pena privativa de la libertad se requiere que la condena esté vigente, salvo las excepciones constitucionales que le otorgan un carácter permanente. Y las legales que señalen un término de prescripción.

3. Tratándose de condenas por delitos contra el patrimonio del Estado, éstas por excepción tienen efectos intemporales, por mandato constitucional (artículo 122), e inhabilitan en todo tiempo para ejercer funciones públicas. Por consiguiente, dichas condenas no son susceptibles del beneficio de la rehabilitación.

b) APODERAMIENTO Y GESTION

1. Se entienden incorporadas a la Ley 200 de 1995 las inhabilidades e incompatibilidades y sus excepciones, previstas en la ley y los reglamentos administrativos, en cuanto no sean incompatibles con las disposiciones que sobre la materia establece dicho estatuto.

2. Los diputados, concejales y miembros de las juntas administradoras locales, que ejerzan la abogacía pueden litigar ante la rama judicial "en las diligencias o actuaciones en las que conforme a la ley, ellos mismos, su cónyuge, sus padres o hijos tengan interés" y "en los procesos que se ventilen ante la rama jurisdiccional del Poder Público". Sin embargo durante el respectivo período los diputados y concejales no pueden ser apoderados ni peritos en los procesos de toda clase que tengan por objeto gestionar interese fiscales o económicos del respectivo municipio, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del orden municipal y las sociedades de economía mixta en las cuales las mismas entidades tengan más del cincuenta por ciento (50%) del capital" (artículos 52 a-d del Decreto 1222 de 1986; 46 a-d de la Ley 136 de 1994).

Respecto de los miembros de las juntas administradoras locales, que ejerzan la abogacía, pueden ser apoderados en los procesos que se ventilen ante la Rama Jurisdiccional del Poder Público, sin ninguna limitación (artículo 128-d Ley 136 de 1994).

3. Los diputados, concejales y miembros de las juntas administradoras locales que ejerzan la abogacía, pueden litigar en causa propia ante la Rama Judicial en todos los casos en que lo permiten las excepciones consagradas en los artículo 52 del Decreto 1222 de 1986, 46 y 128 de la Ley 136 de 1994 y en el Decreto 196 de 1971.

4. Los anteriores servidores pueden directamente o por medio de apoderado actuar en las "diligencias o actuaciones administrativas ... en las que conforme a la ley ellos mismos, su cónyuge, sus padres o sus hijos tengan legítimo interés" (artículos 52-a Decreto 1222 de 1986, 46-a y 128-a de la Ley 136 de 1994), por lo tanto, pueden ser apoderados ante los organismos de control en los términos indicados.

5. La "gestión" que prohíbe la Ley 200 se refiere al adelantamiento de cualquier negocio o asunto en representación de un tercero. Su alcance se concreta en los términos del artículo 44-1-b, a la imposibilidad de gestionar a nombre de otro asuntos ante las respectivas autoridades administrativas, salvo las excepciones consagradas en los artículos 52 del Decreto 1222 de 1986, 46 y 128 de la Ley 136 de 1994. Ante las jurisdiccionales, sólo los abogados pueden actuar como apoderados a nombre de terceros, o como gestores de negocios, en los casos que autorizan las citadas disposiciones.

c) INHABILIDADES DE LOS EMPLEADOS OFICIALES PARA SER ELEGIDOS DIPUTADOS O CONCEJALES

1. Los "docentes oficiales" no pueden válidamente ser elegidos concejales o diputados si dentro de los seis meses anteriores a la elección han ejercido tales funciones. (Artículo 11, Ley 177 de 1994, artículo 44-5 Ley 200 de 1995).

2. Los empleados oficiales, sólo pueden ser elegidos válidamente diputados o concejales si dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección han hecho dejación del cargo. (artículo 44-5 Ley 200 de 1995).

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a los señores Ministros del Interior y Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

Roberto Suárez Franco, Presidente Sala; *Javier Henao Hidrón, César Hoyos Salazar, Luis Camilo Osorio Isaza.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

CONSULTA NUMERO 752

(7 de diciembre de 1995)

SISTEMA GENERAL DE RIESGOS PROFESIONALES - Aplicación / SISTEMA GENERAL DE RIESGOS PROFESIONALES - Vigencia / ENTIDAD PUBLICA ADMINISTRADORA DE RIESGOS PROFESIONALES - Servicio público de seguridad social.

El sistema general de riesgos profesionales, con las excepciones previstas en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 (miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y servidores públicos y pensionados de Ecopetrol), se aplica a todas las empresas que funcionen en el territorio nacional, y a los trabajadores, contratistas, subcontratistas, de los sectores públicos, oficiales, semioficiales, en todos sus órdenes, y del sector privado en general. Su vigencia está dispuesta en la forma siguiente: a partir del 1° de agosto de 1994 para los empleados y trabajadores del sector privado; para el sector público del nivel nacional a partir del 1° de enero de 1996, y a más en esta última fecha (salvo que la respectiva autoridad gubernamental decida anticiparla) para los servidores públicos del nivel departamental, distrital y municipal. El sistema sólo podrá ser administrado por las siguientes entidades: El Instituto de Seguros Sociales, y las aseguradoras de vida que obtengan autorización de la Superintendencia Bancaria para la explotación del ramo de seguros de riesgos profesionales.

Autorizada la publicación: Con oficio del 11 de diciembre de 1995.

ENTIDADES ADMINISTRADORAS DE RIESGOS PROFESIONALES - Selección / CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS DE SALUD - Contratación directa / CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS DE SALUD - Selección objetiva / CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS DE SALUD - Fijación de tarifas.

Si bien la selección de la entidad administradora de riesgos profesionales es libre y voluntaria por parte del empleador, no significa, para la entidad

estatal, que pueda ser caprichosa o arbitraria, porque el vínculo jurídico que nace entre ellas y que genera obligaciones recíprocas, no puede ser sino contractual, y como consecuencia ineludible, la selección del contratista en todos los casos, tiene que ser objetiva, es decir, que la escogencia se hará al ofrecimiento más favorable a la entidad estatal y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. Por ofrecimiento más favorable se entiende aquel que, teniendo en cuenta un conjunto de factores, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, resulta ser el más ventajoso para el Estado. Tal es el sentido y alcance del "deber de selección objetiva" que prescribe el artículo 29 de la Ley 80 de 1993, en la cual se contiene el estatuto general de la administración pública. por su naturaleza, el contrato será el que la Ley 80 de 1993 denomina "prestación de servicios de salud" (24.1 L), que se rige por las normas de la contratación directa para efectos de la escogencia del contratista. Contratación directa que, autoriza por dicho artículo 24, se encuentra regulada en el Decreto reglamentario 855 de 1994. En ella se exige, como condición para la suscripción del contrato, el análisis previo de los factores de escogencia que se dejan expuestos, así no se presente en términos absolutos "diferencia en los precios, dada a la fijación legal de las tarifas". Para la celebración de aquel contrato con sus complementos, y cualquiera sea su cuantía, no es menester, por tanto, acudir al procedimiento de la licitación pública.

Autorizada la publicación: Con oficio del 11 de diciembre de 1995.

Santa Fe de Bogotá, D. C., siete (7) de diciembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor Javier Henao Hidrón.

Radicación número 752.

Referencia: Procedimiento para la selección de las administradoras de riesgos profesionales por parte de las entidades públicas.

La señora Ministra de Trabajo y Seguridad Social, tras hacer algunas consideraciones acerca del sistema general de riesgos profesionales, consulta a la Sala:

"Para la selección de la entidad administradora de riesgos profesionales, las entidades estatales de todos los niveles pueden hacerlo de manera directa, como afiliación que es a un sistema general de seguridad social, teniendo en cuenta el artículo 4° del Decreto-ley 1295 de 1994 y 3° del Decreto reglamentario 1772 de 1994 o, por el contrario, están obligadas a observar lo establecido en la Ley 80 de 1993 para la celebración de contratos, y en este último evento ¿qué clase de contrato, habida

CONSEJO DE ESTADO
BIBLIOTECA

consideración de que no se presentaría en términos absolutos diferencia en los precios, dada la fijación legal de las tarifas?".

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE:

I. **Sistema general de riesgos profesionales.** En desarrollo del artículo 48 de la Constitución Política que concibe la seguridad social como un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado y con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, la Ley 100 de 1993 creó el Sistema de Seguridad Social Integral como un conjunto armónico de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos, conformado por tres áreas: el sistema general de pensiones, el sistema general de salud y el sistema general de riesgos profesionales, además de un programa de servicios sociales complementarios para ancianos indigentes y personas de la tercera edad.

En ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por el artículo 139 de la Ley 100 de 1993, otorgadas con la finalidad de que el Gobierno Nacional dictase las normas necesarias para organizar la administración del Sistema General de Riesgos Profesionales como un conjunto de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos, destinados a prevenir, proteger y atender a los trabajadores de los efectos de las enfermedades y los accidentes, que puedan ocurrirles con ocasión o como consecuencia del trabajo que desarrollan, fue expedido el Decreto 1295 de 1994, por el cual se determina la organización y administración del Sistema General de Riesgos Profesionales, con las siguientes características principales:

– Es dirigido, orientado, controlado y vigilado por el Estado, a través del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y su Dirección Técnica de Riesgos Profesionales.

– La afiliación es obligatoria en un doble sentido: de los trabajadores dependientes para todos los empleadores, y de éstos para con el Sistema General (en forma voluntaria se pueden afiliar también los trabajadores independientes).

– La selección de las entidades que administran el Sistema es libre y voluntaria por parte del empleador.

– Las entidades administradoras del Sistema tendrán a su cargo la afiliación a éste y su administración.

– Las cotizaciones, cuyo pago es obligatorio, están a cargo de los empleadores.

– Los empleadores y trabajadores afiliados al Instituto de Seguros Sociales para los riesgos de accidentes de trabajo y enfermedad profesional (ATEP), o a cualquier otro fondo o caja provisional o de seguridad social, a la fecha de vigencia del referido decreto –22 de junio de 1994– continúan afiliados, sin solución de continuidad, al nuevo Sistema General.

El Sistema General de Riesgos Profesionales, con las excepciones previstas en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 (miembros de las Fuerzas Militares y de la

CONSEJO DE ESTADO
BIBLIOTECA

Policía Nacional, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y servidores públicos y pensionados de Ecopetrol), se aplica a todas las empresas que funcionen en el territorio nacional, y a los trabajadores, contratistas, subcontratistas, de los sectores público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, y del sector privado en general. Su vigencia está dispuesta en la forma siguiente: a partir del 1° de agosto de 1994 para los empleadores y trabajadores del sector privado; para el sector público del nivel nacional a partir del 1° de enero de 1996, y a más tardar en esta última fecha (salvo que la respectiva autoridad gubernamental decida anticiparla) para los servidores públicos del nivel departamental, distrital y municipal.

El Sistema sólo podrá ser administrado por las siguientes entidades: El Instituto de Seguros Sociales, y las aseguradoras de vida que obtengan autorización de la Superintendencia Bancaria para la explotación del ramo de seguro de riesgos profesionales.

La afiliación por parte de los empleadores a las Administradoras de Riesgos Profesionales (ARP), según el decreto mencionado se realiza mediante el diligenciamiento del formulario de afiliación y la aceptación por la entidad administradora, en los términos que determine el reglamento que expida el Gobierno Nacional (ibidem, parágrafo del art. 13).

Las cotizaciones se determinan de acuerdo con la actividad económica, el índice de lesiones incapacitantes de cada empresa, y el cumplimiento de las políticas y la ejecución de los programas sobre salud ocupacional, sin que su monto pueda ser inferior para cada clase de riesgo al 0.348% ni superior al 8.7% de la base de cotización de los trabajadores a cargo del respectivo empleador, determinado por el Gobierno Nacional mediante la adopción de una Tabla de Cotizaciones Mínimas y Máximas.

II. Selección de la entidad administradora por las entidades estatales. Si bien la selección de la entidad administradora de riesgos profesionales es libre y voluntaria por parte del empleador, no significa, para la entidad estatal, que pueda ser caprichosa o arbitraria, porque el vínculo jurídico que nace entre ellas y que genera obligaciones reciprocas, no puede ser sino contractual. Y como consecuencia ineludible, la selección del contratista en todos los casos, tiene que ser objetiva, es decir, que la escogencia se hará al ofrecimiento más favorable a la entidad estatal y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. Por ofrecimiento más favorable se entiende aquel que, teniendo en cuenta un conjunto de factores, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta los mismos, resulta ser el más ventajoso para el Estado. Tal es el sentido y alcance del "deber de selección objetiva" que prescribe el artículo 29 de la Ley 80 de 1993, en la cual se contiene el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Así, a guisa de ejemplo, la misma Ley 100 de 1993 prevé que cuando el seguro para amparar el riesgo por accidente de trabajo o enfermedad profesional se contrate

en la forma señalada por la ley, le serán aplicables en lo pertinente las disposiciones de los seguros de invalidez por riesgo común (ibidem, art. 252).

De conformidad con el Decreto-ley 1295 de 1994, la afiliación por parte de los empleadores se realiza mediante el diligenciamiento del formulario de afiliación y la aceptación por la entidad administradora, en los términos que determine el reglamento (parágrafo del art. 13). Y según el Decreto 1772 del mismo año, reglamentario de la afiliación y las cotizaciones al Sistema General de Riesgos Profesionales, "efectuada la selección, el empleador deberá adelantar el proceso de vinculación con la respectiva entidad administradora, mediante el diligenciamiento de un formulario provisto para el efecto por la entidad administradora seleccionada, establecido por la Superintendencia Bancaria (art. 4°).

De manera que, efectuada la selección de la administradora de riesgos profesionales con sujeción a las reglas de selección objetiva de los contratistas que preceptua el artículo 29 de la Ley 80 de 1993 para las entidades estatales, procederá la celebración del respectivo contrato.

Por su naturaleza, el contrato será el que la Ley 80 de 1993 denomina "prestación de servicios de salud" (24.1 L), que se rige por las normas de la contratación directa para efectos de la escogencia del contratista. Contratación directa que, autorizada por dicho artículo 24, se encuentra regulada en el Decreto reglamentario 855 de 1994. En ella se exige, como condición para la suscripción del contrato, el análisis previo de los factores de escogencia que se dejan expuestos, así no se presente en términos absolutos "diferencia en los precios, dada la fijación legal de las tarifas".

Para la celebración de aquel contrato con sus complementos, y cualquiera sea su cuantía, no es menester, por tanto, acudir al procedimiento de la licitación pública.

El contrato mencionado es, además, especial, por estar regulado en la Ley 100 de 1993, el Decreto-ley 1295 de 1994 y el Decreto reglamentario 1772 de 1994, disposiciones en donde se determinan las obligaciones de las partes; el monto, recaudo, cobro y distribución de las cotizaciones; la garantía a los afiliados de la prestación de los servicios de salud a que tienen derecho y el reconocimiento y pago oportuno de sus prestaciones económicas; la vigilancia y control de los riesgos asegurados, etcétera. Por ello, la exigencia de la Ley 80 de 1993 en el sentido de que los contratos del Estado se perfeccionan "cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito" (ibidem, art. 41, inciso primero), se satisface con el diligenciamiento del formulario de afiliación que, con carácter general, adoptará la Superintendencia Bancaria.

En consonancia con lo expuesto, se responde:

Las entidades estatales pueden de manera directa hacer la selección de la entidad administradora de riesgos profesionales.

La selección directa del contratista deberá ser objetiva, en los términos del artículo 29 de la Ley 80 de 1993, una vez se hayan recibido las ofertas en la forma prevista para la contratación directa por el Decreto 855 de 1994.

Seleccionada la entidad administradora, el contrato especial de prestación de servicios de salud se perfecciona con el diligenciamiento del formulario de afiliación.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a la señora Ministra de Trabajo y Seguridad Social y al Secretario Jurídico de la Presidencia de la República (C.C.A., art. 112).

Roberto Suárez Franco, Presidente Sala; *Javier Henao Hidrón, César Hoyos Salazar, Luis Camilo Osorio Isaza*, (ausente con excusa).

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

CONSULTA NUMERO 755

(7 de diciembre de 1995)

PRESUPUESTO DEL DISTRITO CAPITAL - Régimen aplicable / CONCEJO DEL DISTRITO CAPITAL - Funciones / PRESUPUESTO DEL DISTRITO CAPITAL - Aplicación de la ley orgánica del presupuesto / NORMA PRESUPUESTAL DISTRITAL - Derogatoria / PROYECTO DE ACUERDO SOBRE TRASLADO PRESUPUESTAL Y CREDITO ADICIONAL DEL DISTRITO CAPITAL - Competencia para su apertura.

El Concejo Distrital de Santa Fe de Bogotá no puede aprobar presupuestos anuales, ni dictar disposiciones que sean contrarias a los preceptos y procedimientos previstos en la ley orgánica de presupuesto, en razón de que con ello se estaría desconociendo lo previsto por los artículos 352 y 353 de la Constitución Política y por el 96 del Estatuto Orgánico del Presupuesto. Lo anterior no significa que la ley orgánica sea la única disposición aplicable al Distrito Capital en esta materia. Conforme a lo expuesto anteriormente la aplicación de la ley orgánica del presupuesto, produce la derogatoria de las disposiciones de carácter presupuestal del Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, que sean incompatibles con las normas de la Ley 179 de 1994 orgánica del presupuesto. Se puede observar que al entrar en vigencia la Ley 179 de 1994 y con ella su artículo 52, el Distrito Capital ya había expedido las normas orgánicas de presupuesto mediante los Decretos 586 y 631 de 1993, lo cual no excluye la aplicación de la ley orgánica del presupuesto. Deben aplicarsen las normas constitucionales, las Leyes 38 de 1989 y 179 de 1994 y las disposiciones distritales, en cuanto estas últimas no pugnen con aquéllas. En este caso con fundamento en la Constitución y en la ley orgánica del presupuesto, el Acuerdo 24 de 1995 prevé que el Gobierno Distrital presente al Concejo proyectos de acuerdo sobre traslados y créditos adicionales al presupuesto. Estos últimos sólo pueden ser abiertos por el Concejo Distrital a solicitud previa y por escrito del Gobierno Distrital (arts. 57 y 62).

Autorizada la publicación: Con oficio número 646 de 18 de diciembre de 1995.

PRESUPUESTO DE ENTIDAD TERRITORIAL - Aplicación de la ley orgánica del presupuesto

La aplicación de la ley orgánica del presupuesto a las entidades territoriales no proviene exclusivamente de la previsión legal contenida en el artículo 52 de la Ley 179 de 1994, sino que encuentra su fundamento constitucional en el artículo 352 de la Carta.

Autorizada la publicación: Con oficio número 646 de diciembre de 1995.

Santa Fe de Bogotá, D. C., siete (7) de diciembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: *Roberto Suárez Franco.*

Radicación número 755.

Modificaciones y adiciones al Presupuesto del Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá.

Leyes 38 de 1989 y 179 de 1994; Decretos 1421 de 1993 y 586 de 1993; Constitución Política: artículos 345, 352 y 353.

El señor Ministro del Interior, doctor Horacio Serpa Uribe, formula a la Sala la siguiente consulta:

"1. ¿Puede el Concejo de Santa Fe de Bogotá, en desarrollo de sus competencias constitucionales y legales en materia de presupuesto, aprobar presupuestos anuales y dictar disposiciones en esta materia que sean contrarias a los preceptos y procedimientos previstos en la ley orgánica del presupuesto?

2. ¿Se entiende que el artículo 52 de la Ley 179 de 1994, derogó en el Distrito Capital, toda disposición que regule las materias presupuestales propias de una norma orgánica, tales como los principios presupuestales y los procedimientos para la aprobación, modificación y adición de los presupuestos anuales?

3. ¿Cuál de las dos normas debe ser aplicada por el Concejo Distrital de Santa Fe de Bogotá, para efectos del trámite de las adiciones y modificaciones al presupuesto anual del Distrito: la ley orgánica del presupuesto (L. 38/89 y L. 179/94) o los Decretos 1421 de 1993 y 586 de 1993?

4. Según el principio del artículo 345 de la Constitución Política y de la ley orgánica del presupuesto (artículo 66 de la Ley 38 de 1989, modificado por el artículo 55 de la Ley 179 de 1994), ¿es el Concejo de Santa Fe de Bogotá (en pleno), el organismo que tiene la facultad para aprobar las adiciones y modificaciones al presupuesto anual del Distrito, ex-ante y no ex-post?

5. ¿En el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá se debe aplicar en materia presupuestal el régimen transitorio de que trata el artículo 52 de la Ley 179 de 1994, es decir, que el Concejo Distrital debe regirse por las normas, principios y procedimientos

de esta norma orgánica, para efectos de la aprobación, modificación y adición de su presupuesto?

6. ¿Puede la Administración por vía de decreto realizar modificaciones y adiciones al presupuesto anual, sin que éstas hayan sido aprobadas por el Concejo en pleno?".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala procede a analizar el régimen constitucional, legal y reglamentario aplicable en materia presupuestal sobre traslados y adiciones en el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá.

La Constitución Política de 1991 introdujo algunas modificaciones al sistema nacional y al territorial del presupuesto, principalmente orientadas hacia la necesaria armonización de la autonomía reconocida a las entidades territoriales (art. 1°) con el mantenimiento de la unidad orgánica presupuestal en los diferentes órdenes.

Al efecto se dispone en el artículo 352:

"Además de lo señalado en esta Constitución, la ley orgánica del presupuesto regulará lo correspondiente a la **programación, aprobación, modificación, ejecución de los presupuestos** de la Nación, de **las entidades territoriales y de los entes descentralizados de cualquier nivel administrativo,** y su coordinación con el plan nacional de desarrollo, así como también la capacidad de los organismos y entidades estatales para contratar".

La disposición trancrita, reforma parcialmente el régimen constitucional anterior en el sentido de modificar el sistema constitucional de adiciones presupuestales para deferirlo a la ley orgánica; por otra parte, la misma norma extiende el ámbito de aplicación de la ley orgánica del presupuesto a las entidades territoriales y a los demás entes descentralizados de cualquier nivel administrativo, coordinándola con el plan nacional de desarrollo.

Con ello se impone el principio de la unificación del sistema presupuestal, no sólo por el contenido de la preceptiva, sino por el alcance y fuerza jurídica de la ley orgánica de rango cuasi-constitucional, dado que conforme al artículo 151 de la Carta aquella condiciona el ejercicio de la actividad legislativa (atributo propio de la norma constitucional), entendiéndose la desarrollada tanto de forma ordinaria por el órgano legislativo, como por el Presidente de la República de modo extraordinario (arts. 349, 150-10, transitorio 41).

Esta regulación propia del estado unitario, se ve complementada con manifestaciones normativas del Principio de Autonomía local (art. 1°) en los artículos 300-5 y 313-5 de la -Constitución Política, los cuales confieren a las Asambleas Departamentales y a los Concejos Municipales, **la capacidad para expedir las normas orgánicas del presupuesto,** en adición a la atribución ordinaria de expedir anualmente el

presupuesto de rentas y gastos de la respectiva entidad territorial, facultad aquella que proviene directamente de la norma constitucional, se reitera.

Por su parte el artículo 353 de la Constitución completa el sistema presupuestal de las entidades territoriales, en los siguientes términos:

"Los principios y las disposiciones establecidos en este título se aplicarán, en lo que fuere pertinente, a las entidades territoriales, para la elaboración, aprobación y ejecución de su presupuesto".

De lo anterior se concluye la conformación del régimen jurídico en lo concerniente a la organización presupuestal aplicable a la entidades territoriales y en particular al Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, el cual está estructurado así:

1. Los principios y las disposiciones constitucionales contenidas en el Capítulo 3 del Título II de la Constitución Política, en lo que fuere pertinente.

2. Las regulaciones contenidas en la ley orgánica de presupuesto referentes a la programación, aprobación, **modificación** y ejecución de los presupuestos de las entidades territoriales y de sus entes descentralizados, con las adiciones y reformas introducidas por la Ley 179 de 1994, constituyen el Estatuto Orgánico del Presupuesto contenido en el Decreto 360 de 1995. De ellas, dos merecen ser tenidas en cuenta para el estudio de esta consulta:

a) El Estatuto Orgánico del Presupuesto en su artículo 96 dispone:

"Las entidades territoriales al expedir las normas orgánicas de presupuesto deberán seguir las disposiciones de la Ley Orgánica del Presupuesto, adaptándolas a la organización, normas constitucionales y condiciones de cada entidad territorial. Mientras se expiden estas normas, se aplicará la Ley Orgánica del Presupuesto en lo que fuere pertinente.

...(Ley 38 de 1989, art. 94 y Ley 179 de 1994, art. 52)";

b) En materia de modificaciones al Presupuesto prevé el estatuto citado:

"Artículo 69. Cuando durante la ejecución del Presupuesto General de la Nación se hiciere indispensable aumentar el monto de las apropiaciones, para completar las insuficientes, ampliar los servicios existentes o establecer nuevos servicios autorizados por la ley, se pueden abrir créditos adicionales por el Congreso o por el Gobierno, con arreglo a las disposiciones de los artículos siguientes (Ley 38 de 1989, art. 65)".

"Artículo 70. El Gobierno Nacional presentará al Congreso Nacional, proyectos de ley sobre traslados y créditos adicionales al presupuesto, cuando sea indispensable aumentar la cuantía de las apropiaciones autorizadas inicialmente o no comprendidas en el presupuesto por concepto de Gastos de Funcionamiento, Servicio de la Deuda Pública e Inversión (Ley 38 de 1989, art. 66, Ley 179 de 1954, art. 55, incisos 13 y 17)".

"Artículo 71. Ni el Congreso ni el Gobierno podrán abrir créditos adicionales al presupuesto, sin que en la ley o decreto respectivo se establezca de manera clara y precisa el recurso que ha de servir de base para su apertura y con el cual se incrementa el Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital, a menos que se trate de créditos abiertos mediante contracréditos a la ley de apropiaciones (Ley 38 de 1989, art. 67)".

3. Para el caso del Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, su régimen político, fiscal y administrativo está conformado por lo que en lo pertinente determina la Constitución, las leyes especiales que para el mismo se dicten y las disposiciones vigentes para los municipios, conforme lo prevé el artículo 322 constitucional.

El régimen legal fue expedido por el Gobierno Nacional mediante el Decreto 1421 de 1983, en ejercicio de las atribuciones que le confirió el artículo transitorio 41 de la Carta, en el cual se dispuso que:

a) El Concejo Distrital a iniciativa del Alcalde Mayor, y de conformidad con la Constitución Política y la Ley Orgánica del Presupuesto, regulará lo relacionado con la **programación, presentación, aprobación, modificación y ejecución del presupuesto distrital y de los fondos de desarrollo local (art. 136);**

b) El Gobierno Distrital "expedirá las normas estrictamente necesarias para armonizar las disposiciones vigentes en el Distrito con los preceptos de este estatuto sobre las siguientes materias: ..., régimen presupuestal y fiscal..." (art. 176-2).

Con fundamento en tal precepto el Alcalde Mayor expidió el Decreto 586 de 1993, "por el cual se dictan las normas **orgánicas del presupuesto distrital",** regulando en sus artículos 60 y siguientes lo referente a las modificaciones al presupuesto (realización mediante decreto del Alcalde Mayor, autorización de la Comisión Segunda del Concejo de las modificaciones que cancelen o disminuyan cualquier rubro de inversión, al igual que los créditos extraordinarios o suplementales al presupuesto). A su turno estas disposiciones fueron reglamentadas por el Decreto 631 de 1993 y adicionadas por el Decreto 676 de 1993.

Las disposiciones referidas, orgánicas del presupuesto distrital, se expidieron sin tener en cuenta la competencia conferida a los Concejos Municipales, tal como lo establece el artículo 313 numeral 5° de la Constitución Política, sobre **"dictar las normas orgánicas del presupuesto".**

6. Mediante el Acuerdo 24 de 27 de noviembre de 1995 el Concejo del Distrito Capital expidió el Estatuto Orgánico del Presupuesto; se establece que el Gobierno Distrital presentará al Concejo proyectos de acuerdo sobre traslados y créditos adicionales al presupuesto, cuando sea indispensable aumentar la cuantía de las apropiaciones autorizadas inicialmente o no comprendidas en el presupuesto por concepto de gastos de funcionamiento, servicio de deuda e inversión. Los representantes legales de los establecimientos públicos incorporarán a sus respectivos presupuestos las modificaciones autorizadas (art. 57).

Los créditos adicionales al Presupuesto de Gastos sólo pueden ser abiertos por el Concejo Distrital a solicitud escrita del Gobierno, por conducto del Secretario de Hacienda (art. 62).

Este acuerdo rige a partir del 1° de enero de 1996 y deroga las normas que le sean contrarias y en especial los Decretos 586 y 676 de 1993.

LA SALA RESPONDE:

1. El Concejo Distrital de Santa Fe de Bogotá no puede aprobar presupuestos anuales, ni dictar disposiciones que sean contrarias a los preceptos y procedimientos previstos en la ley orgánica de presupuesto, en razón de que con ello se estaría desconociendo lo previsto por los artículos 352 y 353 de la Constitución Política y por el 96 del Estatuto Orgánico del Presupuesto.

Lo anterior no significa que la ley orgánica sea la única disposición aplicable al Distrito Capital en esta materia, conforme a lo expuesto anteriormente.

2. La aplicación de la ley orgánica del presupuesto, produce la derogatoria de las disposiciones de carácter presupuestal del Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, que sean incompatibles con las normas de la Ley 179 de 1994 orgánica del presupuesto.

La aplicación de la ley orgánica del presupuesto a las entidades territoriales no proviene exclusivamente de la previsión legal contenida en el artículo 52 de la Ley 179 de 1994, sino que encuentra su fundamento constitucional en el artículo 352 de la Carta.

3. Se puede observar que al entrar en vigencia la Ley 179 de 1994 y con ella su artículo 52, el Distrito Capital ya había expedido las normas orgánicas de presupuesto mediante los Decretos 586 y 631 de 1993, lo cual no excluye la aplicación de la ley orgánica del presupuesto. Deben aplicarse las normas constitucionales, las Leyes 38 de 1989 y 179 de 1994 y las disposiciones distritales, en cuanto estas últimas no pugnen con aquellas.

4. En este caso, con fundamento en la Constitución y en la ley orgánica del presupuesto, el Acuerdo 24 de 1995 prevé que el Gobierno Distrital presente al **Concejo proyectos de acuerdo sobre traslados y créditos adicionales al presupuesto.** Estos últimos sólo pueden ser abiertos por **el Concejo Distrital a solicitud previa y por escrito del Gobierno Distrital** (arts. 57 y 62).

5. Tal como se señaló en la tercera respuesta, al expedirse la Ley 179 de 1994 en el Distrito Capital se encontraba vigente un régimen orgánico de presupuesto dictado por el Alcalde Mayor (Decretos 586 y 631 de 1993). El cual se aplica en cuanto no sea incompatible con la ley orgánica cuyos efectos se extienden a los diferentes órdenes territoriales.

6. Si bien en el régimen vigente hasta el 31 de diciembre de 1995 se prevé la autorización de las modificaciones al presupuesto por la Comisión Segunda perma-

nente del Concejo, con desconocimiento de la ley orgánica, el Acuerdo 24 de 1995, de reciente expedición le asignó al Concejo Distrital la función de realizar traslados y créditos adicionales, **mediante acuerdo,** los cuales sólo pueden ser expedidos por la Corporación en pleno, previo al trámite reglamentario respectivo y en armonía con el Estatuto Orgánico del Presupuesto.

Roberto Suárez Franco, Presidente de la Sala; *Javier Henao Hidrón, César Hoyos Salazar, Luis Camilo Osorio Isaza,* ausente con excusa.

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

CONSULTA NUMERO 758

(13 de diciembre de 1995)

SALIDA DE MENORES DEL PAIS - Trámite aplicable / SALIDA DE MENORES DEL PAIS - Régimen aplicable / SALIDA DE MENORES DEL PAIS- Permiso autenticado del padre / DEROGATORIA TACITA DE LA LEY - Concepto / LEY POSTERIOR - Prevalencia.

El Código Civil establece que hay derogación tácita de la ley cuando la nueva contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la anterior (art. 71); pero en este caso, la nueva ley deja vigentes, en las leyes anteriores, todo aquello que no pugna con sus disposiciones, aunque versen sobre la misma materia (art. 72). El artículo 337 del Código del Menor es incompatible con el 9° del Decreto 2150 de 1995, sólo en cuanto a la exigencia del registro civil de nacimiento, que el último elimina. Como la nueva disposición no se refiere a los hijos adoptivos, ni a los casos en que el menor tenga un representante legal, queda vigente lo dispuesto en el Código. En relación con el artículo 338 del Código del Menor la incompatibilidad con la nueva disposición surge respecto del requisito de la autenticación del permiso del padre que no viaja con el menor, ante notario o autoridad consular. En este asunto, el Decreto 2150 de 1995 tiene dos normas de contenido opuesto. En efecto, el artículo 1° prohíbe a las entidades que integran la administración pública exigir documentos originales autenticados o reconocidos notarial o judicialmente, mientras el 9° exige que la autorización del padre que no viaja con el menor, pero que conserva la patria potestad, conste en documento reconocido. La falta de armonía entre estos dos artículos se resuelve prefiriendo lo dispuesto en el artículo 9° que es posterior (art. 5°, Ley 57 de 1988). Por consiguiente, la autorización debe constar en documento reconocido. Cuando se trate de un padre que perdió la patria potestad por decisión judicial, o de un menor que carezca de representante legal o se desconozca el paradero de éste o el representante no se encuentre en condiciones de otorgar el permiso, o haya desacuerdo entre sus representantes legales o entre éstos y quienes detentan la custodia y el cuidado personal, los permisos para los menores salir del país seguirán los trámites o procedimientos que señalan los artículos 339 a 348 del Código del Menor.

Santa Fe de Bogotá, trece (13) de diciembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: *César Hoyos Salazar.*

Radicación número 758.

Referencia: Requisitos que deben cumplir los extranjeros menores de edad turistas y domiciliados, para salir del territorio colombiano (art. 18 del C. C. y arts. 337 a 348 del Decreto 2737 de 1989).

El señor Director del Departamento Administrativo de Seguridad - DAS, doctor Ramiro Bejarano Guzmán, formula a la Sala la siguiente consulta:

"1. ¿Son aplicables las disposiciones contenidas en los artículos 337 a 348 del Decreto 2737 de 1989 a los menores extranjeros que se encuentran en calidad de **turistas** en Colombia?

2. ¿Son aplicables las disposiciones contenidas en los artículos 337 a 348 del Decreto 2737 de 1989 a los menores extranjeros **domiciliados** en Colombia?

1. CONSIDERACIONES

1.1 La Constitución reconoce la familia como núcleo fundamental de la sociedad, erige la igualdad de derechos y deberes de la pareja y de los hijos habidos en el matrimonio como base de las relaciones familiares, e impone a la pareja el deber de sostener y educar a los hijos mientras sean menores o impedidos.

Así mismo, a los niños les reconoce como derechos fundamentales: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, **tener una familia y no ser separados de ella,** el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión y demás consagrados en la Constitución y en las leyes (entre éstas las que ratifiquen tratados internacionales).

1.2 Lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes los defiere la Constitución a la ley. El Código Civil dispone que el cuidado personal de la crianza y educación de los hijos toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente (art. 253), obligación que se extiende a los adoptantes respecto del adoptivo (art. 97 Decreto 2737 de 1989). De igual manera, la misma ley civil ordena que la patria potestad corresponde a los padres, conjuntamente, y a falta de uno de ellos, la ejercerá el otro.

Por su parte, la Ley 33 de 1992, por medio de la cual se aprobó el Tratado de Derecho Civil Internacional, preceptúa:

"Art. 1°. La capacidad de las personas se rige por las leyes de su domicilio.

(...)

Art. 5°. La ley del lugar en el cual reside la persona determina las condiciones requeridas para que la residencia constituya domicilio.

Art. 6°. Los padres, tutores y curadores tienen su domicilio en el territorio del Estado por cuyas leyes se rigen las funciones que desempeñan.

Art. 7°. Los incapaces tienen el domicilio de sus representantes legales.

(...)

Art. 14. La patria potestad, en lo referente a los derechos y deberes personales, se rige por la ley del lugar en que se ejercita".

1.3 El Decreto-ley 2737 de 1989 (Código del Menor) dispone:

"Art. 337. Todo menor puede obtener pasaporte y salir del país con sus padres o con el padre supérstite o con su representante legal, sin que sea necesario acreditar documento diferente al registro civil de nacimiento en el caso de los padres biológicos o adoptivos, o copia auténtica de la providencia que confiere la representación legal o copia auténtica de la sentencia de adopción ejecutoriada o registro de defunción de quien faltare, si es el caso".

Art. 338. Cuando un menor vaya a salir del país con uno de los padres o con persona distinta a los representantes legales deberá obtener previamente el permiso de aquél con quien no viajare o el de aquéllos, debidamente autenticado ante notario o autoridad consular".

Los artículos 339 a 348 regulan el permiso otorgado por el defensor de familia, los jueces de familia o en su defecto por jueces municipales.

1.4. Es un deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes (C.N. art. 4.2). El código civil dispone que la ley es obligatoria tanto a los nacionales como a los extranjeros residentes en Colombia (art. 18). Y la Ley 4ª de 1913, en su parte vigente, expresa que "las leyes obligan a todos los habitantes del país, inclusive a los extranjeros, sean domiciliados o transeúntes; salvo respecto de éstos, los derechos concedidos por los tratados públicos (art. 57)".

La residencia acompañada, real o presuntivamente del ánimo de permanecer en ella, determina el domicilio de una persona (art. 76 C.C.). Residencia es la acción y efecto de residir, que significa estar establecido en un lugar. Quien sólo transita, pasa o está de paso por un lugar es transeúnte. Esta última es la situación del turista, que recorre un país por distracción o recreo.

Si el tratado de derecho civil internacional, aprobado por medio de la Ley 33 de 1992, dispone que la capacidad de las personas se rige por las leyes de su domicilio,

que el domicilio de los incapaces es el mismo de sus representantes legales, y que la patria potestad, en lo referente a los derechos y deberes personales, se rige por la ley del lugar en que se ejercita, se concluye que la obligatoriedad de la ley en estas materias se predica respecto de los extranjeros domiciliados en Colombia y no de los transeúntes.

1.5. El 5 de diciembre de 1995, después de presentada la consulta, el Gobierno dictó el Decreto-ley 2150, que entre otras cosas dispone:

> **"Artículo 9º. *Salida de menores del país.*** Todo menor puede obtener pasaporte y salir del país en compañía de sus dos padres, sin acreditar ningún otro documento.
>
> En caso de que lo haga con el cónyuge supérstite, además del pasaporte, bastará acreditar el registro de defunción del padre faltante.
>
> Cuando el menor salga del país acompañado de uno sólo de los padres, bastará con acreditar mediante documento reconocido la autorización del otro padre, si la patria potestad se ejerce conjuntamente.
>
> La autorización de salida del país podrá otorgarse, con carácter general, por escritura pública con la constancia sobre su vigencia.
>
> Parágrafo: Para estos efectos previstos (sic) en este artículo el Ministerio de Relaciones Exteriores incluirá en los pasaportes de los menores, los nombres y los documentos de identidad de los padres.
>
> Parágrafo transitorio: Mientras en el pasaporte se incorporan las modificaciones previstas en este artículo, se exigirá la presentación del Registro Civil de nacimiento de los menores".

El propósito de este decreto, según sus considerandos, es eliminar toda regulación, trámite o requisito que dificulte el ejercicio de las libertades ciudadanas.

En cuanto a los alcances del decreto, el artículo 150 del mismo, preceptúa:

> "Nada de lo dispuesto en el presente decreto afectará las disposiciones vigentes cuando las regulaciones, trámites o procedimientos se encuentren consagrados en códigos, leyes orgánicas o estatutarias".

No obstante, el código civil establece que hay derogación tácita de la ley cuando la nueva contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la anterior (art. 71); pero en este caso, la nueva ley deja vigentes, en las leyes anteriores, todo aquéllo que no pugna con sus disposiciones, aunque versen sobre la misma materia (art. 72).

El artículo 337 del Código del Menor es incompatible con el 9° del Decreto 2150 de 1995, sólo en cuanto a la exigencia del registro civil de nacimiento, que el último elimina. Como la nueva disposición no se refiere a los hijos adoptivos, ni a los casos en que el menor tenga un representante legal, queda vigente lo dispuesto en el Código.

En relación con el artículo 338 del Código del Menor la incompatibilidad con la nueva disposición surge respecto del requisito de la autenticación del permiso del padre que no viaja con el menor, ante notario o autoridad consular. En este asunto, el Decreto 2150 de 1995 tiene dos normas de contenido opuesto. En efecto, el artículo 1° prohíbe a las entidades que integran la administración pública exigir documentos originales autenticados o reconocidos notarial o judicialmente, mientras el 9° exige que la autorización del padre que no viaja con el menor, pero que conserva la patria potestad, conste en documento **reconocido.** La falta de armonía entre estos dos artículos se resuelve prefiriendo lo dispuesto en el artículo 9°, que es posterior (art. 5° Ley 57 de 1988). Por consiguiente, la autorización debe constar en documento reconocido.

Cuando se trate de un padre que perdió la patria potestad por decisión judicial, o de un menor que carezca de representante legal o se desconozca el paradero de éste o el representante no se encuentre en condiciones de otorgar el permiso, o haya desacuerdo entre sus representantes legales o entre éstos y quienes detentan la custodia y el cuidado personal, los permisos para los menores salir del país seguirán los trámites o procedimientos que señalan los artículos 339 a 348 del Código del Menor.

En consecuencia,

LA SALA RESPONDE:

Las disposiciones contenidas en los artículos 337 a 348 del Decreto 2737 de 1989 (Código del Menor) se aplican a los menores extranjeros **domiciliados** en Colombia, no a los turistas o transeúntes.

Los mencionados artículos se aplicarán en cuanto no pugnen con el artículo 9° del Decreto-ley 2150 de 1995 y con los tratados públicos que regulan el tratamiento de las personas de nacionalidad extranjera, que ejercen funciones diplomáticas en nuestro país.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a los señores Director del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, y Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

Roberto Suárez Franco, Presidente; *Javier Henao Hidrón, César Hoyos Salazar, Luis Camilo Osorio Isaza.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

CONSULTA NUMERO 757

(diciembre 18 de 1995)

MIEMBROS DE LA FUERZA PUBLICA - Régimen disciplinario aplicable / PROCURADOR GENERAL DE LA NACION - Facultades / POTESTAD DE SUPERVIGILANCIA DISCIPLINARIA - Procuraduría General de la Nación / CODIGO DISCIPLINARIO UNICO.

La Ley 200 en materia disciplinaria podía derogar disposiciones, no solamente generales sino especiales, siempre que tuvieran origen en otra ley de sus características, como expresión de la voluntad del legislador al determinar la manera de hacer efectiva la responsabilidad de los servidores públicos. Mas no estaba autorizada para subrogar regímenes disciplinarios especiales prescritos en la Constitución Política y que tienen en ella su fuente directa. Es comprensible entonces que los regímenes disciplinarios especiales señalados en la Constitución sean oponibles a cualquier otro régimen disciplinario, sin perjuicio de la potestad de supervigilancia disciplinaria atribuida a la Procuraduría General de la Nación. Conforme a los artículos 118 y 277-6 de la ley fundamental, es al Procurador General, por sí o por medio de sus delegados y agentes, a quien corresponde ejercer la vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas; por lo tanto, puede avocar, mediante decisión motivada, el conocimiento de aquellos asuntos que se tramiten internamente ante cualquiera de las ramas u órganos del poder público (Ley 200/95, arts. 3º y 47). El procedimiento que se debe seguir para juzgar las faltas disciplinarias cometidas por los miembros de la Fuerza Pública, es el consagrado en los regímenes disciplinarios especiales aplicables a este personal.

Santa Fe de Bogotá, D. C., dieciocho (18) de diciembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: *Javier Henao Hidrón.*

Radicación número 757.

Referencia: Aplicación de la Ley 200 de 1995 (Código Disciplinario Unico) al personal de la Fuerza Pública.

El señor Ministro de Defensa Nacional hace un breve análisis de la Ley 200 de 1995, por la cual se adopta el Código Disciplinario Unico, y dice encontrar una contradicción entre lo preceptuado en los artículos 5° y 175, la cual explica de esta manera: mientras el primero establece que a los miembros de la Fuerza Pública investigados se les aplicará el procedimiento especial previsto para ellos –o sea el determinado en los Decretos 85 de 1989 y 2584 de 1993–, en el segundo expresa que en los procesos disciplinarios que se les adelanten se aplican las normas sustantivas, pero con observancia de los principios rectores y por el procedimiento señalado en la Ley 200 de 1995, cualquiera sea la autoridad que adelante la investigación.

Ante la situación planteada, el señor Ministro consulta:

"¿Cuál es el procedimiento que se debe seguir para juzgar las faltas disciplinarias cometidas por los miembros de la Fuerza Pública, es decir, si el consagrado en los regímenes disciplinarios especiales aplicables a este personal o el dispuesto por la Ley 200 de 1995?".

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE:

I. **Fundamentos constitucionales y legales.** Las disposiciones pertinentes de la Ley 200 de 1995 prescriben lo siguiente:

Artículo 5°. *Debido proceso.* Todo servidor público o particular que ejerza transitoriamente funciones públicas deberá ser procesado conforme a leyes sustantivas y procesales preexistentes a la falta disciplinaria que se le atribuya, ante funcionario competente previamente establecido y observando la plenitud de las formas del procedimiento regulado en la Constitución y en este Código, **salvo que se trate de faltas disciplinarias cometidas por miembros de la fuerza pública en razón de sus funciones, caso en el cual se aplicará el procedimiento prescrito para ellos** (negrilla fuera del texto original).

Artículo 175. *De los regímenes disciplinarios especiales aplicables a los miembros de la fuerza pública.* En los procesos disciplinarios que se adelanten contra los miembros de la Fuerza Pública **se aplicarán las normas sustantivas contenidas en sus respectivos estatutos disciplinarios especiales con observancia de los principios rectores y por el procedimiento señalado en este código, cualquiera sea la autoridad que adelante la investigación** (negrilla fuera del texto original).

Artículo 177. *Vigencia.* Esta ley regirá cuarenta cinco (45) días después de su sanción, será aplicada por la Procuraduría General de la Nación, por los personeros, por las Administraciones Central y Descentralizada territorialmente y por servicios y por todos los servidores públicos sin excepción alguna y deroga las disposiciones generales o especiales que regulen las materias disciplinarias a nivel nacional, departamental, distrital o municipal, o que le sean contrarias, **salvo los regímenes especiales de la fuerza pública, de acuerdo con lo establecido en el artículo 175 de este Código** (negrilla fuera del texto original).

Por su parte, la Constitución Política define la Fuerza Pública en su artículo 216, diciendo que "estará integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional", y en el artículo siguiente manda que la Nación tendrá para su defensa unas fuerzas militares constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. En relación con el régimen disciplinario de la Fuerza Pública, se dispone:

Artículo 217. "La ley determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el **régimen especial** de carrera, prestacional y **disciplinario, que les es propio** (inciso tercero, con negrillas fuera del texto original).

Artículo 218. "La ley organizará el cuerpo de Policía (...) La ley determinará **su régimen** de carrera, prestacional y **disciplinario** (negrillas fuera del texto original).

De conformidad con las disposiciones transcritas, para la Sala el problema de interpretación no debe plantearse sólo entre los artículos 5° y 175 de la Ley 200 de 1995 sino también, y fundamentalmente, entre dichas disposiciones y las normas constitucionales relacionadas con el régimen disciplinario aplicable a los miembros de las fuerzas militares y de la Policía Nacional. Así se procederá.

II. **El esfuerzo de unificación del régimen disciplinario aplicable a los servidores públicos.** Con fundamento, primero en la Constitución de 1886 (arts. 20 y 62) y después en la Carta Política de 1991 (arts. 6° y 124), ordenamientos superiores en los cuales se consignó uno de los principios vertebrales del Estado de Derecho: el de la responsabilidad de todos los servidores públicos, ya por infringir la Constitución y las leyes, o bien por extralimitación u omisión en el ejercicio de sus funciones, así como la atribución a la ley para determinar dicha responsabilidad y la manera de hacerla efectiva, el legislador, ordinario o extraordinario, mediante leyes formales o decretos con fuerza de ley, expidió una variada normatividad tendiente a regular la materia disciplinaria. Podrían mencionarse, a título de ejemplo, las Leyes 25 de 1974, 165 de 1975 y 13 de 1984, destinadas en su orden a prever la competencia disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, el régimen disciplinario de los funcionarios de la seguridad social y el de los empleados de la rama ejecutiva nacional (más tarde, también, el de los empleados departamentales y municipales); y los Decretos 1660 de 1968 (Ministerio Público), 2400 de 1968 (empleados oficiales), 694 de 1975 (sistema de salud), 2777 de 1979 (personal docente), 400 de 1983 (Ministerio de Hacienda, Superintendencias Bancaria y de Control de Cambios), 52 de 1987 y 1888 de 1989 (rama jurisdiccional), 85 de 1989 y 2584 de 1993 (fuerzas militares y Policía Nacional).

La tarea de hacer la unificación del régimen disciplinario aplicable a los servidores públicos, es obra de la Ley 200 de 1995, que empezó a regir después de transcurridos 45 días hábiles de su promulgación, o sea, desde el 4 de octubre del mismo año. De allí su título: "por la cual se adopta el Código Disciplinario Unico", denominación que avalan sus artículos 20 y 177, al disponer, respectivamente, que son destinatarios de la ley disciplinaria "los miembros de las corporaciones públicas, empleados y traba-

jadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios" y que "se aplicará a todos los servidores públicos sin excepción alguna y deroga las disposiciones generales o especiales que regulen materias disciplinarias a nivel nacional, departamental, distrital o municipal, o que le sean contrarias...".

No obstante el vocabulario empleado y las pretensiones del Código Disciplinario Unico, sus verdaderos alcances se encuentran limitados por la Constitución Política o ley suprema del Estado, fuente de validez de la ley y del restante ordenamiento positivo del país.

Existen, en efecto, altos funcionarios del Estado (el Presidente de la República o quien haga sus veces, los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, los miembros del Consejo Superior de la Judicatura y el Fiscal General de la Nación) que están revestidos por voluntad del constituyente de un **fuero especial** que, por serlo, y encontrarse regulado en su procedimiento básico y en lo atinente a competencia por la propia Constitución (arts. 174, 175 y 178), necesariamente se sustrae a los cánones impuestos por un estatuto disciplinario de origen en ley formal. Por lo demás, así lo reconoce la Ley 200 en su artículo 171.

De modo similar, la Constitución prevé la existencia de **regímenes disciplinarios especiales,** atendiendo a la naturaleza de los órganos del Estado y a las funciones que cumplen. Tal es el caso de los miembros de la Fuerza Pública (inciso tercero de los artículos 217 y 218), de los funcionarios y empleados de la Fiscalía General de la Nación (artículo 253) y de la Procuraduría General de la Nación (artículo 279).

En relación con los miembros de la Fuerza Pública, la Ley 200 se insinúa categórica en su artículo 177 al disponer su aplicación "a todos los servidores públicos sin excepción alguna", aunque un poco más adelante expresa: "salvo los regímenes especiales"; no obstante, prescribe que deberán observarse no solamente "los principios rectores" sino también "el procedimento señalado en este Código, cualquiera sea la autoridad que adelante la investigación".

Si bien los dos artículos mencionados, el 177 y su remisión al 175, parecen no dejar duda respecto de la intención del legislador en cuanto al tratamiento que pretende darse a los miembros de las fuerzas militares y de la policía, en el sentido de respetarles sus "normas sustantivas" en materia disciplinaria, mas no las de naturaleza procedimental, por otra parte el artículo 5°, incluido en el capítulo único sobre "principios rectores" y que, como tal, podría prevalecer a tono con el artículo 20 ("en la interpretación y aplicación del régimen disciplinario prevalecerán los principios rectores..."), dispone que cuando se trate de faltas disciplinarias cometidas por miembros de la fuerza pública en razón de sus funciones,"se aplicará el procedimiento prescrito para ellos".

Habría otro aspecto para considerar: la aplicación inmediata de la ley concerniente a la sustanciación y ritualidad del proceso. Esta, salvo lo que ella misma determine, "se aplicará desde el momento en que entre a regir" (artículo 9° de la Ley 200),

con antecedente en la Ley 153 de 1887). Pero este principio es válido en tratándose de una ley nueva que deroga otra anterior del mismo rango y características, lo que no ocurre cuando se opone una ley general disciplinaria a otra que contiene un régimen disciplinario especial, porque en este evento, la de alcance general carece de poder derogatorio respecto de la especial, al no tener su mismo rango y características.

Para la Sala, la aparente contradicción entre los artículos 5° y 175 de la Ley 200 de 1995, más que con reglas de hermenéutica llevadas al conjunto de la misma ley, se resuelve a favor del primero con apoyo en la Constitución Política, que es "norma de normas" al tenor de su artículo 4° y de aplicación preferente en todo caso de incompatibildad con la ley u otra norma jurídica. Porque no es una ley ordinaria de alcance general, sino una especial, con campo de aplicación definido, la que puede determinar de manera directa el régimen disciplinario "que le es propio" a los miembros de las fuerzas militares, así como el correspondiente a la policía nacional (inciso tercero de los artículos 217 y 218), dado que la fuerza pública no es deliberante, ni podrá reunirse sino por orden de autoridad legítima, ni dirigir peticiones, excepto sobre asuntos que se relacionen con el servicio y la moralidad del respectivo cuerpo y con arreglo a la ley, ni sus miembros ejercer la función del sufragio mientras permanezcan en servicio activo, ni intervenir en actividades o debates de partidos o movimientos políticos (artículo 219).

Ese régimen disciplinario interno especial para los miembros de la fuerza pública, es el previsto en el Decreto 085 de 1989 ("Reglamento de Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares"), dictado por el gobierno en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 5ª de 1988 y en el Decreto 2584 de 1993 ("Reglamento de Disciplina para la Policía Nacional"), expedido por el gobierno en uso de las facultades extraordinarias que le otorgó la Ley 62 de 1993 y parcialmente modificado por el Decreto 575 de 1995.

La Ley 200 en materia disciplinaria podía derogar disposiciones, no solamente generales sino especiales, siempre que tuvieran origen en otra ley de sus características, como expresión de la voluntad del legislador al determinar la manera de hacer efectiva la responsabilidad de los servidores públicos. Mas no estaba autorizada para subrogar regímenes disciplinarios especiales prescritos en la Constitución Política y que tienen en ella su fuente directa.

Es comprensible entonces que los regímenes disciplinarios especiales señalados en la Constitución sean oponibles a cualquier otro régimen disciplinario, sin perjuicio de la potestad de supervigilancia disciplinaria atribuida a la Procuraduría General de la Nación. Conforme a los artículos 118 y 277-6 de la ley fundamental, es al Procurador General, por sí o por medio de sus delegados y agentes, a quien corresponde ejercer la vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas; por tanto, puede avocar, mediante decisión motivada, el conocimiento de aquellos asuntos que se tramiten internamente ante cualquiera de las ramas u órganos del poder público (Ley 200/95, artículos 3° y 47).

Como consecuencia, la Sala responde:

El procedimiento que se debe seguir para juzgar las faltas disciplinarias cometidas por los miembros de la Fuerza Pública, es el consagrado en los regímenes disciplinarios especiales aplicables a este personal.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a los señores Ministro de Defensa Nacional y Secretario Jurídico de la Presidencia de la República (C.C.A., artículo 112).

Roberto Suárez Franco, Presidente de la Sala; *Javier Henao Hidrón, César Hoyos Salazar, Luis Camilo Osorio Isaza.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala

NOTA DE RELATORIA: Autorizada la publicación con oficio número 823 del 30 de enero de 1996.

CONSULTA NÚMERO 763
(19 de diciembre de 1995)

CODIGO DISCIPLINARIO UNICO - Destinatarios.

La Ley 200, constituye estatuto único, aplicable a "los miembros de las corporaciones públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios", (según el artículo 20) y recoge toda la legislación disciplinaria, con el doble propósito de hacer expedito su conocimiento y practicable el derecho de defensa que se beneficia con la precisión de los principios rectores y en general con la precisión de procedimiento y señalamiento previo de las faltas y las sanciones. La orientación señalada condujo al artículo 177 que ordenó la aplicación del estatuto por la Procuraduría General de la Nación, por los Personeros, por las administraciones central y descentralizada territorialmente y por servicios y por todos "los servidores públicos con competencia disciplinaria", agregando que "...se aplicará a todos los servidores públicos sin excepción alguna..." al tiempo que "deroga las disposiciones generales o especiales, nacionales, departamentales, distritales o municipales que le sean contrarias. Autorizada su publicación con oficio número 058 de 11 de enero de 1996.

SERVIDOR PUBLICO - Trabajador oficial.

Los trabajadores oficiales como trabajadores del Estado que son, se encuentran incluidos en la definición constitucional de servidores públicos y que en tal virtud por mandato superior están sometidos en el ejercicio de sus funciones a la Constitución, a la ley y a los reglamentos propios de la entidad para la cual laboren. Autorizada su publicación con oficio número 058 de 11 de enero de 1996.

CODIGO DISCIPLINARIO UNICO - Excepciones a su aplicación.

El Código Disciplinario Unico o Ley 200 de 1995, de conformidad con lo expuesto, es pues, un estatuto de carácter general que no sólo no prevé excepciones (salvo los regímenes especiales de la fuerza pública, señalados por la propia ley art. 177 *ibidem*), sino que además, para hacer más

claro e indiscutible su imperio, derogó en forma expresa toda la legislación especial existente sobre la materia, con la única salvedad de los regímenes disciplinarios de rango constitucional. Autorizada su publicación con oficio número 058 de 11 de enero de 1996.

FALTA DISCIPLINARIA - Incumplimiento de reglamento.

La Ley 200 de 1995 establece como faltas disciplinarias el incumplimiento de los deberes, es abuso o extralimitación de los derechos y funciones, la incursión en prohibiciones, impedimentos, inhabilidades y conflictos de intereses (art. 38 *ibidem*). Entre los deberes incluye el cumplimiento de los reglamentos; luego estos tienen cabida en la ley, y su observancia es obligatoria como uno de los aspectos del régimen disciplinario; sin embargo, no pueden regular, ni limitar el derecho de castigar disciplinariamente, porque ésta es una función esencial del Estado. Autorizada su publicación con oficio número 058 de 11 de enero de 1996.

CODIGO DISCIPLINARIO UNICO - Aplicación prevalente / TRABAJADOR OFICIAL - Régimen disciplinario aplicable / CONVENCION COLECTIVA - Incorporación de normas disciplinarias / PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD - Inaplicación por contradicción entre convención y ley

La Ley 200 de 1995 es de aplicación prevalente respecto de trabajadores oficiales amparados por convenciones colectivas de trabajo en cuyos textos se incluyan aspectos de índole disciplinaria. Cualquier disposición sobre cuestiones disciplinarias, incluida en convenciones colectivas de trabajo y que sea contraria a la Ley 200 de 1995, no debe ser aplicada porque prima la ley. Las convenciones colectivas de trabajo no pueden incorporar asuntos de carácter disciplinario, salvo que se trate de materias relacionadas con el reglamento interno, y siempre que no sean contrarias a la Ley 200 de 1995. Las convenciones de trabajo, de acuerdo con la respuesta anterior, pueden incorporar materias propias de los reglamentos internos, que no estén previstos en el régimen disciplinario legal. La contradicción entre la convención colectiva de trabajo y la ley, sobre asuntos disciplinarios, se resuelve en favor de la ley, sin que sea menester proceso administrativo o judicial para el efecto. El principio de favorabilidad, es propio para resolver una contradicción entre leyes; no entre una convención y la ley disciplinaria, porque en este evento prevalece la ley. Autorizada su publicación con oficio número 058 de 11 de enero de 1996.

TRABAJADOR OFICIAL / REGIMEN DISCIPLINARIO - Aplicable.

Las normas sustantivas y procesales aplicables en materia disciplinaria a los trabajadores oficiales, son las contenidas en la Ley 200 de 1995, en

concordancia con la Ley 190 del mismo año. Autorizada su publicación con oficio número 058 de 11 de enero de 1996.

CONVENCION COLECTIVA - Inexistencia de presunción de legalidad.

La presunción de legalidad está prevista por la ley para los actos administrativos y no para las convenciones colectivas de trabajo. Autorizada su publicación con oficio 058 de 11 de enero de 1996.

CONVENCION COLECTIVA - Definición.

La convención colectiva es un convenio destinado a "fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia" (Art. 467 C.S.T.) y a este respecto se señala que la expresión "contrato colectivo" ha venido a reemplazar a las de convención y pacto colectivo, cuando se refiere a los contratos celebrados con todas o la mayor parte de las empresas de un determinado ramo económico. La convención colectiva, entonces, es un acuerdo entre partes para regular sus relaciones laborales que no puede oponerse a la facultad del Estado consagrada en la Constitución Política, por medio de la ley y con carácter general, donde se determina la forma como los servidores públicos deben cumplir las funciones y responder por sus omisiones o extralimitaciones, desarrollando los preceptos superiores que constan en los artículos 6º, 123 y 124 de la Constitución. Autorizada su publicación con oficio 058 de 11 de enero de 1996.

FUNCION DISCIPLINARIA - Titularidad / REGIMEN DISCIPLINARIO - Principios.

La función disciplinaria corresponde al Estado; se ejerce conforme a la Constitución Política, a la ley y a los reglamentos. El marco de competencias está señalado en la Ley 190 en concordancia con la Ley 200 de 1995 (art. 179). Los asuntos que corresponden al régimen disciplinario, comprenden fundamentalmente: principios rectores; la tipificación de las faltas disciplinarias; los procedimientos establecidos en disposiciones de carácter general; la aplicación de sanciones correlativas previstas para las conductas, por funcionarios legalmente competentes, en síntesis la legalidad de las faltas, las sanciones y los procedimientos comprensivos de las garantías.

Autorizada su publicación con oficio número 058 de 11 de enero de 1996.

CODIGO DISCIPLINARIO UNICO - Procedimiento / TRANSITO DE LEGISLACION / LEY DISCIPLINARIA - Vigencia.

El artículo 176 de la Ley 200 ibidem, dispone el procedimiento en caso de que sea necesario hacer tránsito de la legislación anterior, a la nueva

así: continuarán su curso con el procedimiento anterior, los procesos disciplinarios que al entrar en vigencia la Ley 200 (4 de octubre de 1995) "se encuentren con oficio de cargos notificados legalmente". En los demás casos, se aplica la Ley 200, a partir de su vigencia.

Autorizada su publicación con oficio número 058 de 11 de enero de 1996.

Consejero Ponente: *Luis Camilo Osorio Isaza.*

Santa Fe de Bogotá, D. C., diciembre diecinueve (19) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Radicación número 763.

Referencia: Aplicación del Código Disciplinario Unico, a trabajadores oficiales amparados por convenciones colectivas de trabajo, que contienen regulaciones diferentes sobreiguales o similares asuntos de índole disciplinario (arts. 29, 53, 124 y 152 de la C.N. y Ley 200 de 1995).

El Ministro de Salud, después de plantear diversas hipótesis sobre la interpretación de la Ley 200 de 1995, "Código Disciplinario Unico", formuló a la Sala los siguientes interrogantes:

"1. ¿Cuál es, en términos generales, la situación relacionada con la aplicación de la Ley 200 de 1995, respecto de los trabajadores oficiales que igualmente se pudiesen encontrar amparados por convenciones colectivas de trabajo en cuyos textos se incluyan aspectos –sustantivos y/o procesales–, (sic) de índole disciplinaria?

2. ¿La Ley 200 de 1995 derogó las disposiciones que sobre cuestiones disciplinarias se encuentran incluidas en las convenciones colectivas de trabajo?

3. ¿Las convenciones colectivas de trabajo pueden incorporar, válidamente, asuntos de carácter disciplinario?

4. En caso afirmativo ¿cuáles?

5. Cómo identificar cuáles son los asuntos que en un momento determinado corresponden o deben corresponder a un régimen disciplinario?

6. ¿Cómo deberán conjugarse o cuál ha de ser orden de prevalencia entre la Ley 200 de 1995 y aquellos pactos o convenciones internacionales, ratificadas por Colombia, cuando ambas normas se refieran a iguales o similares materias de índole disciplinario?

7. Si se concluyese que las convenciones colectivas de trabajo no pueden incluir o contener, válidamente, regulaciones sobre cuestiones de carácter disciplinario, ¿cuál ha de ser el procedimiento que deban observar las directivas de la entidad oficial pertinente? ¿Deberán denunciar la convención o acaso demandar judicialmente la

nulidad de las decisiones correspondientes? En el último caso ¿ante qué jurisdicción y mediante qué procedimiento debe promoverse la acción pertinente?

8. ¿Cuáles deben ser las normas –sustanciales y procesales–, aplicables a los trabajadores oficiales, en los procesos disciplinarios respecto de las siguientes hipótesis:

a) Tanto la comisión del hecho –o de la omisión–, susceptible de investigación, como la iniciación del correspondiente proceso disciplinario, tuvieron ocurrencia con anterioridad a la expedición y vigencia de la Ley 200 de 1995, pero aun se encuentra sin fallo definitivo;

b) La falta se cometió con anterioridad a la expedición de la Ley 200 de 1995, pero el proceso disciplinario, inició (sic) con posterioridad a la vigencia de la Ley 200 de 1995;

c) Tanto el hecho investigado como la iniciación del respectivo proceso disciplinario se han dado con posterioridad a la entrada en vigor del Código Disciplinario Unico.

9. ¿Es posible invocar y hay lugar a aplicar el principio de favorabilidad a que hacen referencia tanto el artículo 29 de la Carta Política como el artículo 15 de la propia Ley 200 de 1995, cuando la diferencia de regímenes disciplinarios se deriva de la comparación entre el Código Disciplinario Unico y una convención colectiva de trabajo?

10. ¿A las convenciones colectivas de trabajo celebradas por empresas de carácter oficial las acompaña la presunción de legalidad?

11. En caso afirmativo, cómo conjugar la vigencia de las convenciones colectivas de trabajo con las normas legales que contengan regulaciones diferentes e, incluso, contradictorias, como por ejemplo la Ley 200 de 1995".

La consulta concebida en los términos anteriores busca fundamentalmente armonizar la aplicación de la Ley 200 de 1995 con las convenciones colectivas de trabajo, las normas constitucionales de carácter laboral y eventualmente con "algunos pactos o convenios internacionales" en materia disciplinaria respecto de los trabajadores que hagan parte de Estados que las han suscrito y a los que obliga su cumplimiento. El escrito correspondiente dice textualmente:

"y sucede que dichas convenciones colectivas de trabajo suelen contener, entre otras, estipulaciones relacionadas con el régimen disciplinario de dichos trabajadores oficiales, como quiera que en ellas se han convenido las causales de terminación con justa causa, de los correspondientes contratos de trabajo, causales que no siempre coinciden con las causales que al respecto prevén las normas legales; de la misma manera suelen incluirse en las convenciones colectivas de trabajo, algunas disposiciones relacionadas con las diferentes sanciones aplica-

bles, (suspensiones, multas, llamados de atención, etc.), los trámites o procedimientos para la aplicación y ejecución de tales sanciones, la determinación de las autoridades facultadas para su imposición la integración de las comisiones de personal, –con participación de representantes de los trabajadores y de la respectiva organización social, a cuyo conocimiento deben someterse los casos pertinentes en que se haya cometido una falta y en los cuales fuere procedente la imposición de determinadas sanciones, así como también suelen precisar –a manera de prescripción la facultad sancionatoria–, los términos o plazos dentro de los cuales será posible la imposición de una sanción, a partir de la fecha de comisión de la respectiva falta e, incluso, la consagración de una especie de "fuero" en beneficio de ciertos directivos de organizaciones sindicales.

Por otra parte también debe tenerse presente la existencia de algunos pactos o convenios internacionales, de los cuales forma parte nuestra nación (sic), en los cuales se han incluido y regulado aspectos que pueden calificarse de índole disciplinaria".

Además, se busca comprender el estatuto disciplinario único a la luz de la garantía de la negociación colectiva para regular los aspectos laborales de que trata el artículo 55 de la C.P. en relación con los derechos adquiridos por los trabajadores y de los derechos fundamentales al tenor de las expresiones del artículo 152 letra a) del texto superior, en donde se regulan por el Congreso mediante ley estatutaria.

La Sala considera:

FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES

En primer término resulta pertinente determinar el alcance de los preceptos acerca de la clasificación de los servidores del Estado. El artículo 123 de la C.P. establece que:

"Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regularán su ejercicio".

De conformidad con la disposición transcrita queda determinado que los trabajadores oficiales como trabajadores del Estado que son, se encuentran incluidos en la definición constitucional de servidores públicos y que en tal virtud por mandato superior están sometidos en el ejercicio de sus funciones a la Constitución, a la ley y a los reglamentos propios de la entidad para la cual laboren.

Además de lo expuesto, el artículo 124 de la Carta ordena que:

"La ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva".

La Constitución Política, en materia de responsabilidad de los servidores públicos, que es la forma como estos quedan sometidos a las consecuencias jurídicas de los hechos punibles o irregulares que ejecutan, consagró en el artículo 6° el siguiente principio:

"Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones".

Los particulares, entonces, únicamente responden por infringir la Constitución y las leyes, mientras los servidores públicos, además de esta sujeción, deben rendir cuentas por extralimitación u omisión en el desempeño de la actividad pública. Se trata de principios fundamentales atinentes a la organización misma del Estado de los cuales nadie está exento por ningún concepto. No podría entenderse que un grupo o cualquiera de los ciudadanos se situara fuera del alcance de la ley, y menos aun de la Constitución Política con su carácter de ley de leyes. Al respecto debe tenerse presente que de acuerdo con las expresiones del Código Civil,

"Art. 4°. La ley es una declaración de voluntad soberana manifestada en la forma prevenida en la Constitución Nacional. El carácter general de la ley es mandar prohibir, permitir o castigar".

Así entendida la ley, es expresión de la soberanía nacional que regula las relaciones de la comunidad y somete a todos por igual a sus prescripciones

RESPONSABILIDAD DE LOS SERVIDORES PUBLICOS

Para atender el mandato constitucional de que la ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva, y siguiendo la orientación de los principios generales consignados en el Código Civil y muy concretamente de aquél que dispone que,

"... es necesario que la ley que manda, prohíbe o permita, contenga o exprese en sí misma la pena o castigo en que se incurre por su violación..." (art. 5°, ibidem).

Se configuró, además del derecho penal, el derecho disciplinario del cual la Corte Constitucional dijo que" es consustancial a la organización política y tiene lugar preferente dentro del conjunto de las instituciones jurídicas" (Sentencia C-417/93), expresándose sobre la responsabilidad disciplinaria, de la siguiente manera, en la misma oportunidad:

"La aludida responsabilidad guarda relación con la existencia de límites a toda la función pública, los cuales están orientados por el postulado de su previa deter-

minación y son propios del Estado de derecho, toda vez que él implica el sometimiento de los particulares y de los servidores públicos a unas reglas generales y abstractas que impidan su comportamiento arbitrario. De allí que no haya empleo público que no tenga funciones detalladas en la Constitución, la ley o el reglamento (art. 122 C.P.)".

EL CODIGO DISCIPLINARIO UNICO

(Ley 200 de 1995)

El derecho disciplinario ha tenido una larga evolución que fue creando, además de los estatutos generales, regímenes especiales, consultando en cada caso, las particularidades del organismo respectivo, lo que hizo voluminosa y dispersa la legislación sobre la materia, además de difícil su conocimiento y aplicación.

La Ley 200 de 1995 proclama en sus preceptos iniciales:

"Artículo 1°. *Titularidad de la potestad disciplinaria.* El Estado a través de sus ramas y órganos, es el titular de la potestad reglamentaria".

"Artículo 2°. *Titularidad de la acción disciplinaria.* La acción disciplinaria corresponde al Estado. Sin perjuicio del poder disciplinario preferente de la Procuraduría General de la Nación, corresponde a las ramas y órganos del Estado, conocer de los asuntos disciplinarios contra los servidores públicos de sus dependencias.

La acción disciplinaria es independiente de la acción penal".

De otro lado, la Ley 200, constituye estatuto único, aplicable a "los miembros de las corporaciones públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios", (según el artículo 20) y recoge toda la legislación disciplinaria, con el doble propósito de hacer expedito su conocimiento y practicable el derecho de defensa que se beneficia con la precisión de los principios rectores y en general con la precisión de procedimientos y el señalamiento previo de las faltas y sanciones.

La orientación señalada condujo al artículo 177 que ordenó la aplicación del estatuto por la Procuraduría General de la Nación, por los Personeros, por las administraciones central y descentralizada territorialmente y por servicios y por todos "los servidores públicos con competencia disciplinaria", agregando que "... se aplicará a todos los servidores públicos sin excepción alguna...", al tiempo que "... deroga las disposiciones generales o especiales, nacionales, departamentales, distritales o municipales que le sean contrarias,...".

El Código Disciplinario Unico o Ley 200 de 1995, de conformidad con lo expuesto, es pues, un estatuto de carácter general que no sólo no prevé excepciones (salvo los regímenes especiales de la fuerza pública, señalados por la propia ley –art. 177

ibidem–), sino que además, para hacer más claro e indiscutible su imperio, derogó en forma expresa toda la legislación especial existente sobre la materia, con la única salvedad de los regímenes disciplinarios de rango constitucional, como lo expresó la sección primera del Consejo de Estado al analizar el poder disciplinario preferente, señalando:

> "... debe entenderse que dichas 'vigilancia superior' y 'ejercicio preferente del poder disciplinario' están referidos a la vigilancia y poder disciplinario que otras autoridades, como los superiores jerárquicos puedan ejercer 'normalmente' en virtud de la ley, pero no pueden entenderse frente al poder disciplinario que la misma Constitución ha atribuido directamente a otra autoridad y que configura un fuero especial..." (Consejo de Estado. Sección Primera 17 de febrero de 1995. Exp. N. 2614).

Se trata de un instrumento que, en armonía con el artículo 2° de la Constitución Política, tiene por objeto colaborar en la consecución de los fines esenciales del Estado cuyo desarrollo no admite limitación distinta a la que la propia Carta fundamental establezca de manera expresa, no por interpretaciones, deducciones o conjeturas por razonables que parezcan.

Los artículos 53 y 55 de la Constitución Política garantizan una relación laboral reglada que otorga igualdad de oportunidades para los trabajadores y los ampara frente al poder dominante en las relaciones que tal actividad genera; de ningún modo se pueden interpretar como el fundamento eventual de excepciones al régimen disciplinario, pues sería equivalente a pretender que tales disposiciones autorizan para excluir a alguien o a un grupo de ciudadanos de la autoridad del Estado. Y tampoco tienen relación contraria a los derechos fundamentales que evidentemente se regulan por leyes estatutarias (art. 152 ibidem) con indiscutible arraigo constitucional. Frente a la ley no caben otras excepciones o derechos que los previstos en la propia ley o la Constitución Política.

No deben confundirse los reglamentos internos de las diferentes entidades, a cuyo respecto alguna participación se puede otorgar a los trabajadores, siempre que no se contraríe los principios sustantivos y procesales establecidos en las disposiciones superiores –en este caso, la Ley 200 de 1995–, con la facultad soberana del Estado de procurar el bien común y garantizar el orden público por medio de las leyes.

La Ley 200 de 1995 establece como faltas disciplinarais el incumplimiento de los deberes, el abuso o extralimitación de los derechos y funciones, la incursión en prohibiciones, impedimentos, inhabilidades y conflictos de intereses (art. 38 *ibidem*).

Entre los deberes incluye el cumplimiento de los reglamentos; luego estos tienen cabida en la ley, y su observancia es obligatoria como uno de los aspectos del régimen disciplinario, sin embargo, no pueden regular, ni limitar el derecho de castigar disciplinariamente, porque ésta es una función esencial del Estado.

En lo referente a este punto la Corte Constitucional en el pronunciamiento aludido, expresó:

> "En lo que concierne al Estado no podría alcanzar sus fines si careciera de un sistema jurídica enderezado a regular el comportamiento disciplinario de su personal, fijando los deberes y obligaciones de quienes lo integran, las faltas, las sanciones correspondientes y los procedimientos aplicables" (Sentencia C-417/93).

LAS CONVENCIONES COLECTIVAS

La convención colectiva es un convenio destinado a "fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia" (art. 467 C.S.T.) y a este respecto se señala que la expresión "contrato colectivo" ha venido a reemplazar las de convención y pacto colectivo, cuando se refiere a los contratos celebrados con todas o la mayor parte de las empresas de un determinado ramo económico.

La convención colectiva, entonces, es un acuerdo entre partes para regular sus relaciones laborales que no puede oponerse a la facultad del Estado consagrada en la Constitución Política, por medio de la ley y con carácter general, donde se determina la forma como los servidores públicos deben cumplir las funciones y responder por sus omisiones o extralimitaciones, desarrollando los preceptos superiores que constan en los artículos 6°, 123 y 124 de la Constitución.

El tratamiento que corresponda a esta clase de actuaciones está reglado por los códigos del trabajo (y de procedimiento), por referirse a situaciones susceptibles de generar controversias de derecho privado que, por lo demás, no tienen correspondencia con la presunción de legalidad que ampara los actos administrativos.

ASPECTOS INTERNACIONALES

La consulta plantea la posibilidad de que la Ley 200 de 1995 entre en conflicto con pactos o convenios internacionales ratificados por Colombia y pregunta sobre la forma de actuar en tales situaciones.

Debe observarse respecto de este punto que no es posible responder la pregunta formulada en términos hipotéticos por carencia de elementos sobre los cuales hacer un análisis. La existencia de pactos o convenios internacionales suscritos por Colombia, en los cuales han sido incluidos aspectos que pueden calificarse como de índole disciplinaria, tendrían idéntico tratamiento que cualquier otra materia allí consignada, en la medida de su incorporación a la legislación interna de conformidad con el penúltimo inciso del artículo 53 de la Constitución.

El carácter general de las cláusulas de los convenios internacionales y la ponderación en la homologación de la legislación externa en concordancia con la ley nacional, no genera por sí sola contradicción o exclusión de alguna de ellas.

No es posible la hipótesis de enfrentamiento eventual de disposiciones nacionales e internacionales, respecto de aspectos propios de los reglamentos, es decir, de

cuestiones relativas a la disciplina laboral interna, que puedan ser objeto de consideración por la Sala, porque no se han planteado sus extremos de discrepancia entre una y otra.

LA SALA RESPONDE:

1. La Ley 200 de 1995 es de aplicación prevalente respecto de trabajadores oficiales amparados por convenciones colectivas de trabajo en cuyos textos se incluyan aspectos de índole disciplinaria.

2. Cualquier disposición sobre cuestiones disciplinarias, incluida en convenciones colectivas de trabajo y que sea contraria a la Ley 200 de 1995, no debe ser aplicada porque prima la ley.

3. Las convenciones colectivas de trabajo no pueden incorporar asuntos de carácter disciplinario, salvo que se trate de materias relacionados con el reglamento interno, y siempre que no sean contrarias a la Ley 200 de 1995.

4. Las convenciones de trabajo, de acuerdo con la respuesta anterior, pueden incorporar materias propias de los reglamentos internos, que no estén previstos en el régimen disciplinario legal.

5. La función disciplinaria corresponde al Estado; se ejerce conforme a la Constitución Política, a la ley y a los reglamentos. El marco de competencias está señalado en la Ley 190 en concordancia con la Ley 200 de 1995 (art. 179).

Los asuntos que corresponden al régimen disciplinario, comprenden fundamentalmente: Principios rectores; la tipificación de las faltas disciplinarias; la competencia para castigar faltas disciplinarias; los procedimientos establecidos en disposiciones de carácter general; la aplicación de sanciones correlativas previstas para las conductas, por funcionarios legalmente competentes, en síntesis la legalidad de las faltas, las sanciones y procedimientos comprensivos de las garantías.

6. No es posible calificar situaciones hipotéticas; para determinar el alcance de la Ley 200 de 1995 en relación con pactos o convenciones internacionales, es preciso señalar los casos concretos donde concurran iguales o similares materias objeto de un pronunciamiento.

Debe advertirse, sin embargo, que Colombia prevé en la Carta Fundamental la defensa y cumplimiento de convenciones y pactos internacionales que estén ratificados y a cuya observancia se obliga, porque se entienden conformes con la Constitución Política e incorporados a la ley interna, por lo cual prevalecen.

7. La contradicción entre la convención colectiva de trabajo y la ley, sobre asuntos disciplinarios, se resuelve en favor de la ley, sin que sea menester proceso administrativo o judicial para el efecto.

8. Las normas sustantivas y procesales aplicables en materia disciplinaria a los trabajadores oficiales, son las contenidas en la Ley 200 de 1995, en concordancia con la Ley 190 del mismo año, según se expresó.

El artículo 176 de la Ley 200 ibidem, dispone el procedimiento en caso de que sea necesario hacer tránsito de la legislación anterior, a la nueva, así:

Continuarán su curso con el procedimiento anterior, los procesos disciplinarios que al entrar en vigencia la Ley 200, (4 de octubre de 1995) "se encuentren con oficio de cargos notificados legalmente".

En los demás casos, se aplica la Ley 200, a partir de su vigencia.

9. El principio de favorabilidad, es propio para resolver una contradicción entre leyes; no entre una convención y la ley disciplinaria, porque en este evento prevalece la ley.

10. La presunción de legalidad está prevista por la ley para los actos administrativos y no para las convenciones colectivas de trabajo.

11. En relación con la Ley 200 de 1995, en materia disciplinaria, la Sala reitera los criterios expuestos en las respuestas uno y siete.

Transcríbase, en sendas copias, a los señores Ministro de Salud y Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

Roberto Suárez Franco, Presidente; *Javier Henao Hidrón, César Hoyos Salazar, Luis Camilo Osorio Isaza.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

CONSULTA NUMERO 772

(diciembre 19 de 1995)

PROYECTO DE LEY - Votación / CONGRESISTA - Causales de impedimento y recusaciones / PROYECTO DE LEY - Interés directo de Congresista / EJERCICIO DE PROFESIONES - Profesión de enfermería.

Existe interés directo si la decisión afecta "de alguna manera" al congresista o a las personas o parientes dentro de los grados de consanguinidad, afinidad o civil que señala la norma, de lo contrario el interés sería indirecto. En el caso que se consulta existe interés directo por parte del congresista en la discusión y aprobación del proyecto de ley que reglamenta el ejercicio de la profesión de enfermería, porque afecta de "alguna manera" a sus parientes que ejercen esa profesión. La Sala considera que por ser defectuosos los términos en que está redactada la norma de cuyo estudio se ocupa, resulta exageradamente drástica en su significado y alcance, conduciendo a que no puedan establecerse excepciones, por vía de deducción o analogía, lo cual permite concluir que los congresistas que encontrándose en esta situación participen en los debates y votaciones del proyecto de ley por medio del cual se reglamenta el ejercicio de la profesión de enfermería, incurren en la causal de impedimento prevista en el artículo 286 de la Ley 5ª de 1992.

Santa Fe de Bogotá, D. C., diecinueve (19) de diciembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: *Roberto Suárez Franco.*

Radicación número 772.

Referencia: Consulta sobre incompatibilidad y conflicto de intereses en la votación por parte de los Senadores y Representantes para la aprobación de un proyecto de ley.

El señor Ministro del Interior en escrito de 4 de los corrientes da curso a la comunicación de 9 de noviembre del presente año, suscrita por los señores Secretario del Senado de la República y de la Cámara de Representantes, en la que le solicitan consultar a esta Corporación lo siguiente:

"Si los honorables Senadores y honorables Representantes de la Comisión Séptima cuyos parientes ejercen la profesión de enfermería pueden ser ponentes y votar el Proyecto de ley número 048/95, Senado, "por medio del cual se reglamenta el ejercicio de la profesión de enfermería en Colombia y se dictan otras disposiciones", sin incurrir en las causales de incompatibilidades previstas en el artículo 182 y siguientes de la Constitución Política de Colombia y artículo 286 de la Ley 5ª de 1992".

I. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

1. El artículo 182 de la Constitución Nacional impone a los Congresistas la obligación de dar a conocer a la respectiva Cámara aquellas situaciones de carácter moral o económico que los inhiban para participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración, defiriendo a la ley la determinación de los hechos que generen conflicto de intereses y las recusaciones.

2. El precepto constitucional fue desarrollado por la Ley 5ª de 1992 por la cual se expidió el Reglamento del Congreso, en cuya Sección 4ª bajo el título de "conflicto de intereses" contempla aquellos eventos que pueden generar un interés personal directo o de orden moral o económico, que sea contrario al interés general que debe primar en el trámite y votación de un proyecto de ley.

Así, el artículo 286 prescribe:

"Todo congresista, cuando exista interés directo en la decisión porque le afecta de alguna manera, o a su cónyuge o compañera permanente, o a alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o primero civil, o a su socio o socios de derecho o de hecho, deberá declararse impedido de participar en los debates o votaciones respectivas".

3. Con el artículo 286, norma de orden público, se pretende garantizar que el Congresista en ejercicio de su función actúe imparcialmente y libre de cualquier interés que pudiese incidir en la rectitud de su actuación, la cual se funda en el interés general y el bien común (art. 133 C.N.).

4. Existe interés directo si la decisión afecta "de alguna manera" al Congresista o a las personas o parientes dentro de los grados de consanguinidad, afinidad o civil que señala la norma, de lo contrario el interés sería indirecto.

5. En el caso que se consulta existe interés directo por parte del Congresista en la discusión y aprobación del proyecto de ley que reglamenta el ejercicio de la profesión de enfermería, porque afecta de "alguna manera" a sus parientes que ejercen esa profesión.

6. La Sala considera que por ser defectuosos los términos en que está redactada la norma de cuyo estudio se ocupa, resulta exageradamente drástica en su significado y alcance, conduciendo a que no puedan establecerse excepciones, por vía de deducción o analogía, lo cual permite concluir que los congresistas que encontrándose en

esta situación participen en los debates y votaciones del proyecto de ley por medio del cual se reglamenta el ejercicio de la profesión de enfermería, incurren en la causal de impedimento prevista en el artículo 286 de la Ley 5ª de 1992.

En consecuencia

LA SALA RESPONDE:

Los Congresistas que tengan parientes que ejercen la profesión de enfermería y que se encuentren dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o primero civil están impedidos para participar en los debates y votaciones del Proyecto de ley 048/95, "por medio del cual se reglamenta el ejercicio de la profesión de enfermería en Colombia y se dictan otras disposiciones".

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a los señores Ministro del Interior y Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

Roberto Suárez Franco, Presidente; *Javier Henao Hidrón, César Hoyos Salazar, Luis Camilo Osorio Isaza.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

INDICE TEMATICO

SALA DE CONSULTA

MAYO A DICIEMBRE DE 1995

A

	Página
ACCION DE POLICIA - Prescripción.	330
ACCION DISCIPLINARIA - Titularidad	360
ACCION FISCAL - Régimen aplicable.	260
ACCION FISCAL - Término de caducidad	260
ACCION POSESORIA - Objeto	329
ACCION POSESORIA	329
ACCION REIVINDICATORIA - Concepto	329
ACCION RESTITUTORIA DE BIEN DE USO PUBLICO - Competencia.	328
ACCIONES POLICIVAS PARA LA PROTECCION DE LA POSESION Y LA TENENCIA - Clases	329
ACTO LEGISLATIVO - Trámite.	247
AFILIACION DE TRABAJADORES DE LA ELECTRIFICADORA DE SANTANDER A E.P.S. - Beneficios.	163
ALCALDE - Extensión de sanción disciplinaria	106
ALCALDE - Régimen disciplinario aplicable	99
ALCALDE - Sanción disciplinaria	109
ALCALDE MAYOR DEL DISTRITO CAPITAL - Remuneración.	195
APROPIACION PRESUPUESTAL - Funcionamiento de Contralorías	201
AREA METROPOLITANA-Destinación de los recursos del consumo a la gasolina.	18

ASIGNACION DE RECURSOS PARA EL DESEMPEÑO DEL EMPLEO- Utilización 377

AUXILIO POR INCAPACIDAD LABORAL A TRABAJADORES DEL CUERPO DE BOMBEROS - Naturaleza Jurídica. 254

AUXILIOS A DAMNIFICADOS EN ESTADO DE EMERGENCIA - Prohibición 25

B

BANCO DE LA REPUBLICA -Naturaleza Jurídica 176

BANCO MUNDIAL - Creación 304

BIEN DE USO PUBLICO - Imprescriptibilidad. 71

BIEN DE USO PUBLICO – Protección 328

BIEN DE USO PUBLICO Y BIEN FISCAL - Diferencias. 72

BIEN FISCAL - Improcedencia de declaración de pertenencia 72

BIEN FISCAL - perturbación 328

BIEN FISCAL – Procedimiento para la recuperación 330

BIENES DE LAS EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO - Improcedencia de acción de pertenencia. 73

BIENES FISCALES - Clases. 328

C

CAMPAÑAS ELECTORALES-Inversión 116

CAMPAÑAS ELECTORALES-Topes 116

CANDIDATO A LA VICEPRESIDENCIA - Tope de las campañas electorales 116

CANDIDATO PRESIDENCIAL - Tope de las campañas electorales 116

CAPACITACION EN EL EXTERIOR DE EMPLEADO PUBLICO- Observancia de trámites para el permiso. 336

CARRERA ADMINISTRATIVA DE LAS CONTRALORIAS - Administración y vigilancia. 298

CARRERA ADMINISTRATIVA DE LAS CONTRALORIAS - Régimen Especial 297

CELEBRACION DE CONTRATO DE CONCESION DE GRAN MINERIA- Derechos adquiridos 233

CODIGO DISCIPLINARIO UNICO - Aplicación Prevalente 425
CODIGO DISCIPLINARIO UNICO - Destinatarios. 424
CODIGO DISCIPLINARIO UNICO - Excepciones a su aplicación. 424
CODIGO DISCIPLINARIO UNICO - Procedimiento 426
CODIGO DISCIPLINARIO UNICO. 418
COMISION DE PERSONAL – Límite de facultad disciplinaria. 360
COMISION DE REGULACION DE ENERGIA Y GAS - Reglamentación de contratos especiales. 350
COMISIONES CONSTITUCIONALES PERMANENTES - Conflicto de competencia 247
COMISIONES CONSTITUCIONALES PERMANENTES - Funciones 247
COMISIONES LEGALES DE LA CAMARA - Funcionamiento 52
COMISIONES LEGALES DE LA CAMARA - Reglamentación 52
CONCEJAL DEL DISTRITO CAPITAL - Remuneración 195
CONCEJO DEL DISTRITO CAPITAL - Funciones 406
CONCESION DE AGUAS DE BIENES DE USO PUBLICO - Competencia de la DIMAR. 329
CONDUCTOR DE VEHICULO OFICIAL - Condiciones laborales especiales. 377
CONFLICTO DE COMPETENCIAS ENTRE LAS COMISIONES CONSTITUCIONALES PERMANENTES - Principio de especialidad 247
CONGRESISTA - Causales de impedimento y recusaciones 436
CONGRESO DE LA REPUBLICA - Representación en asuntos contractuales. 241
CONGRESO DE LA REPUBLICA - Representación 241
CONSEJO NACIONAL ELECTORAL-Facultades 116
CONSORCIO - Definición 9
CONSORCIO - Naturaleza Jurídica. 9
CONSORCIO Y UNION TEMPORAL - diferencias. 9
CONSORCIO Y UNION TEMPORAL - Pliego de condiciones 10
CONSTITUCION DEROGADA Y CONSTITUCION VIGENTE - Diferencias 336

Página

CONTRALOR DE SANTA FE DE BOGOTA - Prima técnica 135
CONTRALOR DISTRITAL - Función administrativa. 283
CONTRALORIA DE SANTA FE DE BOGOTA - Régimen aplicable de carrera. 297
CONTRALORIA DEPARTAMENTAL - Porcentaje para su funcionamiento 200
CONTRALORIA DEPARTAMENTAL - Presupuesto para su funcionamiento 200
CONTRALORIAS DISTRITALES - Competencia nominativa 283
CONTRALORIAS DISTRITALES - Determinación de la estructura Orgánica. 283
CONTRALORIAS DISTRITALES - Distribución de competencias 283
CONTRALORIAS TERRITORIALES - Régimen de carrera aplicable 297
CONTRATACION ESTATAL - Intervención de Contralorías 259
CONTRATACION ESTATAL - Principio de transparencia y publicidad. 306
CONTRATO DE APORTES NACIONALES - Improcedencia de reversión. 233
CONTRATO DE CONCESION - Inaplicación de cláusula de reversión. 232
CONTRATO DE CONCESION DE GRAN MINERIA - Cláusula de reversión 233
CONTRATO DE CONCESION DE MEDIANA MINERIA - Improcedencia de reversión 233
CONTRATO DE EMPRESTITO - Reglamentación. 305
CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS DE SALUD - Contratación directa 400
CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS DE SALUD - Fijación de tarifas. 400
CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS DE SALUD - Selección objetiva 400
CONTRATOS CELEBRADOS EN COLOMBIA Y EJECUTADOS EN EL EXTERIOR - Régimen aplicable. 305
CONTRATOS CELEBRADOS EN EL EXTERIOR - Régimen aplicable 305
CONTRIBUCION PARAFISCAL 163
CONTRIBUCIONES DE PARTICULARES. 116
CONTROL DISCIPLINARIO EXTERNO - Competencia del Procurador General. 359

CONTROL FISCAL MUNICIPAL - Costo 200
CONVENCION COLECTIVA - Capítulo Especial 220
CONVENCION COLECTIVA - Cumplimiento 163
CONVENCION COLECTIVA - Definición. 219
CONVENCION COLECTIVA - Definición. 426
CONVENCION COLECTIVA - Incorporación de Normas Disciplinarias 425
CONVENCION COLECTIVA - Inexistencia de Presunción de Legalidad ... 426
CONVENCION COLECTIVA DE FUNCIONARIOS DE SEGURIDAD SOCIAL - Aplicación de norma especial 220
CONVERSION DEL MINISTERIO DE GOBIERNO EN MINISTERIO DEL INTERIOR - Régimen laboral aplicable. 315
CORPORACION AUTONOMA DE CUNDINAMARCA - Conformación del consejo directivo 180
CORPORACION AUTONOMA DE CUNDINAMARCA - Jurisdicción. .. 180
CORPORACION AUTONOMA REGIONAL - Antecedentes 180
CORPORACION PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE - Concepto .. 180
CORPORACION NASA KIWE-Facultades 25
COTIZACION AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - Pago 163
COTIZACION OBLIGATORIA - Monto 163
CREDITO ADICIONAL PARA FUNCIONAMIENTO DE CONTRALORIAS - Finalidad y requisitos. 201
CUERPO DE BOMBEROS DEL DISTRITO CAPITAL - Auxilios 254
CUOTAS DE AUDITAJE A ENTIDADES DESCENTRALIZADAS - Cobro 200

D

DECLARACION DE PERTENENCIA - Bienes respecto de los que no procede 72
DEFENSOR DE OFICIO – Designación 362
DELEGACION DE FUNCIONES EN PROCESO DE JURISDICCION COACTIVA - Improcedencia de recurso de apelación. 260
DEPOSITO FRANCO DE LA CORPORACION DE LA INDUSTRIA AERONAUTICA COLOMBIANA S.A. - Régimen Aplicable. 67
DERECHO COMUNITARIO - Territoriedad de la ley 304

Página

DEROGATORIA TACITA DE LA LEY - Concepto 413
DESTITUCION DE ALCALDE - Efectos 109
DESTITUCION DE ALCALDE - Efectos. 99
DESVINCULACION DE TRABAJADOR OFICIAL - Régimen aplicable. 29
DIETAS - Concepto 377
DIMAR – Atribuciones 329
DIMAR - Facultades 186
DIPUTADO - Afiliación a Cajanal 62
DIPUTADO - Ejercicio de función pública 377
DIPUTADO - Naturaleza 62
DIPUTADO - Período 377
DIPUTADO- Traslado de cotizaciones a fondos territoriales. 62
DIPUTADO - Monto de aportes para pensión 62
DIRECTOR SECCIONAL DE LA CONTRALORIA - Prima de alta gestión 271
DOBLE ASIGNACION DEL TESORO PUBLICO - Improcedencia de analogía 157
DOCENTE OFICIAL - Inhabilidad para desempeñar cargo de elección popular 388

E

EDILES - Liquidación de honorarios. 170
EJERCICIO DE LA ABOGACIA POR DIPUTADOS, CONCEJALES Y EDILES - Excepción legal 387
EJERCICIO DE PROFESIONES - Profesión de enfermería. 436
EMPLEADO CON FUERO SINDICAL - Calificación judicial sobre decisión de condiciones laborales. 78
EMPLEADO DEPARTAMENTAL - Aplicación de la ley de seguridad social 142
EMPLEADO DEPARTAMENTAL - Régimen Disciplinario Aplicable 109
EMPLEADO DISTRITAL - Aplicación de la ley de seguridad social 142
EMPLEADO MUNICIPAL - Régimen Disciplinario Aplicable 109
EMPLEADO OFICIAL - Inhabilidad para desempeñar cargo de elección popular 388
EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Régimen laboral aplicable 77
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO - Clasificación de empleados. 29

EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO - Constitución de su capital. 72

EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO - Naturaleza de sus funciones 72

EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO - Régimen laboral aplicable. 77

EMPRESA PRESTADORA DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Cotizaciones al ISS 163

EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO -Naturaleza. 142

EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PUBLICOS - Contrato de empréstito 305

EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PUBLICOS - Régimen de Contratación Aplicable 124

EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PUBLICOS-Régimen laboral aplicable 124

EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PUBLICOS - Régimen Tributario Aplicable 124

EMPRESTITOS FINANCIACION DE CAMPAÑAS ELECTORALES 116

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD, EPS 142

ENTIDAD PUBLICA ADMINISTRADORA DE RIESGOS PROFESIONALES - Servicio público de seguridad social. 400

ENTIDAD TERRITORIAL - Obligación en salud 144

ENTIDAD TERRITORIAL - Presupuesto 201

ENTIDADES ADMINISTRADORAS DE RIESGOS PROFESIONALES - Selección 400

ESTADO DE EMERGENCIA - Sismo 25

ESTUDIANTES DE CONSULTORIO JURIDICO - Improcedencia defensor de oficio 362

EXENCION DE IMPUESTOS - Empresa prestadora de servicios públicos. 124

F

FALLA EN LA PRESTACION DE LOS SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Consecuencias 57

FALLO ABSOLUTORIO EN PROCESO DISCIPLINARIO - Término de impugnación. 361

FALTA DISCIPLINARIA - Incumplimiento de Reglamento. 425
FALTA GRAVE EN PROCESO DISCIPLINARIO - Competencia 359
FINANCIACION DE CREDITOS EN ESTADOS DE EMERGENCIA-Damnificados 25
FINANCIACION DE CAMPAÑAS POLITICAS - Fuentes 116
FINANCIACION DE LAS CAMPAÑAS POLITICAS - Auditoría externa. 42
FONDO DE PRESTACIONES TERRITORIALES - Creación 62
FONDO MONETARIO INTERNACIONAL - Naturaleza. 304
FONDO NACIONAL DE CAMINOS VECINALES - Funciones. 210
FONDO NACIONAL DE CAMINOS VECINALES - Plazo para su reorganización 209
FONDO NACIONAL DE CAMINOS VECINALES - Transferencias de vías terciarias 210
FONDO NACIONAL DE FINANCIACION DE PARTIDOS Y MOVIMIENTOS POLITICOS - Destinación de recursos 42
FUERO SINDICAL - Derecho colectivo. 78
FUERO SINDICAL - Trabajador oficial 30
FUERO SINDICAL - Empleado de carrera 39
FUNCION DISCIPLINARIA - Titularidad 426
FUNCIONARIO INVESTIGADOR – Atribuciones. 362

G

GASTOS DE REPRESENTACION - Concepto. 377
GESTION DE NEGOCIOS DE DIPUTADOS, CONCEJALES Y EDILES - Aplicación Código Unico Disciplinario 387

H

HONORARIOS DE CONCEJAL DEL D. C. - Liquidación 195
HONORARIOS DE CONCEJAL DEL D.C. - Factor salarial 195
HONORARIOS DE EDILES - Factores de liquidación 170

I

IMPUESTO DE DEGÜELLO DE GANADO MAYOR - Lugar de Recaudo. 228
IMPUESTO DE DEGÜELLO DE GANADO MAYOR-Destinación de la Renta 228

INCOMPATIBILIDADES DE DIPUTADOS, CONCEJALES Y EDILES - Ejercicio de la Abogacía. 387
INCORA - Facultades. 186
INCREMENTO PATRIMONIAL - Proceso disciplinario. 360
INCREMENTO PATRIMONIAL NO JUSTIFICADO - Investigación disciplinaria. 361
INDEMNIZACION POR RETIRO DEL SERVICIO - Liquidación 315
INDUMIL - Facultades 87
INDUMIL - Límite en la participación de sociedades 87
INFRAESTRUCTURA VIAL TERCIARIA - Vigencia de recursos 209
INHABILIDAD DE DOCENTE OFICIAL - Término para ejercer cargo de elección popular 388
INHABILIDAD PARA CONTRATAR - Pariente de concejal 381
INHABILIDADES PARA DESEMPEÑAR FUNCIONES PUBLICAS - Alcalde 99
ISA - Escisión 78
ISS - Antecedentes de su naturaleza jurídica 219
ISS - Naturaleza jurídica. 219
ISS - Régimen de personal. 219

J

JUNTA DIRECTIVA DEL BANCO DE LA REPUBLICA - Conformación. 176

L

LANZAMIENTO POR OCUPACION DE HECHO - Régimen de procedimiento aplicable 329
LEY DE CONTRATACION - interpretación 9
LEY DE CONTRATACION - Ley del contrato 305
LEY DE CONTRATACION - Operación de crédito. 305
LEY DE SEGURIDAD SOCIAL - Aplicación 144
LEY DE SEGURIDAD SOCIAL - Aplicación. 143
LEY DE SEGURIDAD SOCIAL - Excepciones a su aplicación. 142
LEY DE SEGURIDAD SOCIAL - Plazo para afiliación entidades territoriales 144
LEY DE SEGURIDAD SOCIAL - Vigencia. 142
LEY DE SEGURIDAD SOCIAL - Aplicación. 62

Página

LEY DISCIPLINARIA - Vigencia. 426
LEY ORGANICA - Naturaleza Jerárquica. 52
LEY ORGANICA DE PRESUPUESTO - Aplicación. 201
LEY POSTERIOR - Aplicación. 233
LEY POSTERIOR - Prevalencia. 413

M

MATERIAL DE GUERRA INSERVIBLE - Venta al exterior 121
MESA DIRECTIVA DE LA CAMARA - Funciones. 52
MESADA ADICIONAL DE PENSIONADO INCAPACITADO - Pago ... 14
MIEMBROS DE LA FUERZA PUBLICA - Régimen disciplinario aplicable 418
MINISTERIO DE GOBIERNO - Conversión 315
MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA – Funciones 344
MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS Y TRANSPORTE - Reestructuración 277
MINISTERIO DEL INTERIOR - Organización 315

N

NACION - Representación 241
NITRATO DE AMONIO - Fabricación. 87
NORMA CONSTITUCIONAL - Aplicación 201
NORMA CONSTITUCIONAL – Interpretación 336
NORMA DISCIPLINARIA - Reproducción de norma constitucional. 336
NORMA PRESUPUESTAL DISTRITAL - Derogatoria 406

O

OCUPACION PERMANENTE DE BIENES DE USO PUBLICO - Restitución 328

P

PARENTESCO CON CONCEJAL - Grado de Consanguinidad. 381
PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD - Causal de inhabilidad. 387
PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD POR DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO DEL ESTADO - Intemporalidad 387
PENSION DE JUBILACION DE DIPUTADO - Régimen Aplicable 62
PENSION DE JUBILACION EMPLEADO TERRITORIAL - Tránsito de legislación. 144

Página

PENSION POR INVALIDEZ - Mesada adicional. 14

PENSIONADO DOCENTE OFICIAL - Aplicación de la Ley 4ª de 1992 157

PENSIONADO POR INCAPACIDAD PERMANENTE PARCIAL - Prima semestral 14

PERIODO ELECTORAL DIFERENTE - Sanción disciplinaria (SALVAMENTO DE VOTO). 106

PERSONA JURIDICA - Inexistencia. 9

PERSONA NATURAL Y PERSONA JURIDICA - Igualdad. Ley de contratación. 10

PERSONERIA JURIDICA DE LOS ORGANISMOS DEPORTIVOS - Otorgamiento. 324

PERSONERO DE SANTA FE DE BOGOTA - Prima técnica. 135

PERTURBACION DE LA POSESION - Acción policiva 330

PLAN OBLIGATORIO DE SALUD - Cobertura familiar 164

PLIEGO DE CONDICIONES - Requisitos para la participación de consorcios y uniones temporales 10

PODER DISCIPLINARIO - Titularidad 359

POSESION DE BIEN - Prueba 329

POTESTAD DE SUPERVIGILANCIA DISCIPLINARIA - Procuraduría General de la Nación 418

POTESTAD DISCIPLINARIA DE LA ADMINISTRACION - Control interno disciplinario 359

PRESCRIPCION ADQUISITIVA DE DOMINIO - Clases 71

PRESCRIPCION ADQUISITIVA O USUCAPION - Concepto 71

PRESCRIPCION EXTINTIVA O LIBERATORIA - Concepto 71

PRESCRIPCION EXTRAORDINARIA - Requisito 71

PRESUPUESTO DE ENTIDAD TERRITORIAL - Aplicación de la ley orgánica del presupuesto 407

PRESUPUESTO DEL DISTRITO CAPITAL - Aplicación de la ley orgánica del presupuesto 406

PRESUPUESTO DEL DISTRITO CAPITAL - Régimen aplicable 406

PRESUPUESTO DEPARTAMENTAL - Composición 202

PRESUPUESTO DEPARTAMENTAL - Confirmación 200

Página

PRESUPUESTO DEPARTAMENTAL - Elaboración 200

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD - Inaplicación por contradicción entre convención y ley 425

PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES - Aplicación en servicios públicos domiciliarios. 57

PROCESO DE DESAFUERO - Requisito para suprimir el empleo (Salvamento de Voto). 39

PROCESO DE JURISDICCION COACTIVA - Intereses moratorios. 260

PROCESO DE PERTENENCIA - Comprobación de prescripción adquisitiva. 71

PROCESO DISCIPLINARIO - Designación de defensor de oficio 362

PROCESO DISCIPLINARIO - Proceso verbal de única instancia 359

PROCESO DISCIPLINARIO - Sujetos procesales 361

PROCESO DISCIPLINARIO - testigo renuente 362

PROCESO DISCIPLINARIO EN PRIMERA INSTANCIA - Competencia 359

PROCESO PENAL ADMINISTRATIVO - Principios rectores 106

PROCURADOR GENERAL DE LA NACION - Facultades 418

PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION - Poder disciplinario prevalente 360

PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION - Poder disciplinario prevalente. 109

PROPIEDAD - Clases. 327

PROPIEDAD ESTATAL - Conformación. 327

PROPIEDAD PRIVADA - Función social y ecológica. 327

PROPIEDAD PUBLICA - Conformación 328

PROPIEDAD PUBLICA - Titularidad 328

PROVIDENCIA DISCIPLINARIA - Contenido (Salvamento de voto) 106

PROVIDENCIA SANCIONATORIA - Cumplimiento. 109

PROYECTO DE ACUERDO SOBRE TRASLADO PRESUPUESTAL Y CREDITO ADICIONAL DEL DISTRITO CAPITAL - Competencia para su apertura. 406

PROYECTO DE LEY - Interés directo de Congresista 436

PROYECTO DE LEY - Trámite 247

PROYECTO DE LEY - Votación 436

R

RECURSO DE CAPITAL. 202
RED DE AREAS EXCLUSIVAS DE CONDUCCION DE GAS - Contrato especial para la gestión de servicio público 350
REFRENDACION DE RESERVA DE APROPIACION - Competencia del Contralor General (Salvamento de voto). 295
REFRENDACION DE RESERVAS DE APROPIACION - Control posterior de la Contraloría. 290
REGIMEN DE HONORARIOS DE DIPUTADOS - Desarrollo legal 62
REGIMEN DISCIPLINARIO - Aplicable 425
REGIMEN DISCIPLINARIO - Principios. 426
REGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL DE EMPLEADO PUBLICO - Competencia para su fijación. 271
REGLAMENTO DEL CONGRESO - Fuentes de interpretación. 247
REPOSICION DE GASTOS 116
RESERVA BANCARIA – Inoponibilidad en investigación judicial y disciplinaria 361
RESERVAS DE APROPIACION TRANSITORIA - Refrendación 290
RESPONSABILIDAD FISCAL - Objeto. 259
RESPONSABILIDAD FISCAL EN CONTRATACION ESTATAL - Sujeto pasivo. 259
REVERSION DE BIENES - Derogatoria de norma. 232

S

SALIDA DE MENORES DEL PAIS - Régimen aplicable 413
SALIDA DE MENORES DEL PAIS - Trámite aplicable 413
SALIDA DE MENORES DEL PAIS- Permiso autenticado del padre 413
SANCION DISCIPLINARIA ALCALDE - Suspensión del cargo 99
SENTENCIA DE REINTEGRO - Cumplimiento 277
SERVICIO DE SALUD - Principio de obligatoriedad. 143
SERVICIO PUBLICO DE ENERGIA ELECTRICA - Consumo de subsistencia 344
SERVICIO PUBLICO DOMICILIARIO DE GAS - Régimen especial aplicable 350
SERVICIOS COMPLEMENTARIOS EN SALUD - Cotización obligatoria. 164
SERVICIOS DE SALUD A FAMILIARES DEL COTIZANTE - Plan obligatorio de salud 164
SERVICIO DE SALUD - Empresas Sociales del Estado 142

SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Finalidad 57
SERVIDOR PUBLICO - Trabajador oficial. 424
SINDICATO - Clasificación. 220
SINDICATO DE EMPRESA - Funcionarios de seguridad social 220
SINDICATO DE EMPRESA - Representación sindical 220
SINDICATO DE FUNCIONARIOS DE SEGURIDAD SOCIAL - Requisitos para celebrar convenciones colectivas. 220
SINDICATO - Facultades 48
SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - Cobertura 143
SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - Cotización obligatoria. 143
SISTEMA GENERAL DE RIESGOS PROFESIONALES - Aplicación 400
SISTEMA GENERAL DE RIESGOS PROFESIONALES - Vigencia 400
SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - Afiliación 163
SISTEMA NACIONAL DEL DEPORTE – Integración 324
SOBRETASA AL COMBUSTIBLE AUTOMOTOR-Destinación 17
SOBRETASA AL CONSUMO - Patrimonio del Area Metropolitana 17
SOBRETASA AL CONSUMO DE COMBUSTIBLE DIFERENTE A LA GASOLINA - Patrimonio Municipal. 17
SOBRETASA AL CONSUMO DE GASOLINA - Cobro. 17
SOBRETASA AL CONSUMO DE GASOLINA - Destinación 17
SOBRETASA AL CONSUMO DE GASOLINA - Titularidad 17
SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA - Transformación 77
SUBDIRECTIVA SECCIONAL DE SINDICATO - Creación 48
SUBDIRECTIVA SECCIONAL DE SINDICATO - Integración. 48
SUBROGACION DEL CREDITO DE DEUDORES MOROSOS-Prohibición 25
SUBSIDIO DE CONSUMO DE ELECTRICIDAD - Determinación del monto 344
SUBSIDIO DE CONSUMO DE ELECTRICIDAD- Beneficiarios. 344
SUPRANACIONALIDAD - Definición. 304
SUPRESION DE CARGOS - Indemnización 277
SUPRESION DE EMPLEO DE EMPLEADO DE CARRERA CON FUERO SINDICAL - Indemnización. 30

SUPRESION DE EMPLEO DE EMPLEADO PUBLICO CON FUERO SINDICAL - Traslado a cargo equivalente 30

SUSPENSION DEL PROCESO DE LIQUIDACION DE CAMINOS VECINALES - Actos de transferencia vial. 209

SUSPENSION EN EL CARGO DE ALCALDE - Funcionario competente . 99

SUSTITUCION PATRONAL - Inalterabilidad de los derechos laborales. 77

SUSTITUCION PATRONAL - Principio de favorabilidad de los derechos laborales. 77

SUSTITUCION PATRONAL - Régimen laboral. 78

T

TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO DE TRABAJO - Improcedencia de indemnización 277

TESTIGO RENUENTE - Imposición de multa 362

TRABAJADOR OFICIAL - Régimen disciplinario aplicable 425

TRABAJADOR OFICIAL 425

TRABAJADOR OFICIAL QUE CUMPLE FUNCIONES DE EMPLEADO PUBLICO - Régimen aplicable. 29

TRANSITO DE LEGISLACION 426

V

VEHICULO OFICIAL - Uso por Diputado 377

VENTA AL EXTERIOR DE MATERIAL DE GUERRA INSERVIBLE - Trámite 121

VIA PUBLICA Y CONSTRUCCION DE TRANSPORTE MASIVO - Destinatarios de sobretasa a la gasolina. 17

VIATICOS - Concepto 377

La Imprenta Nacional de Colombia
realizó el diseño gráfico de esta obra
«Anales del Consejo de Estado - Sala de Consulta
y Servicio Civil - Mayo a Diciembre de 1995»
y terminó su impresión en octubre de 1998

Ivstitia et Literae

CONSEJO DE ESTADO
BIBLIOTECA