



GACETA DEL CONGRESO

SENADO Y CAMARA

(Artículo 36, Ley 5a. de 1992).

IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA - IVSTITIA ET LITTERAE

I S S N 0 1 2 3 - 9 0 6 6

AÑO VIII - Nº 305

Santa Fe de Bogotá, D. C., viernes 10 de septiembre de 1999

EDICION DE 32 PAGINAS

DIRECTORES:

MANUEL ENRIQUEZ ROSERO
SECRETARIO GENERAL DEL SENADO

GUSTAVO BUSTAMANTE MORATTO
SECRETARIO GENERAL DE LA CAMARA

RAMA LEGISLATIVA DEL PODER PUBLICO

SENADO DE LA REPUBLICA

PROYECTOS DE ACTO LEGISLATIVO

PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO NUMERO 08 DE 1999 SENADO

*por el cual se modifican los artículos 356, 357
y 358 de la Constitución Política.*

Artículo 1°. El artículo 356 de la Constitución Política, modificado por el artículo 2° del Acto Legislativo número 1 de 1993, quedará así:

Artículo 356. Salvo lo dispuesto por la Constitución, la ley, a iniciativa del Gobierno, fijará los servicios a cargo de la Nación y de las entidades territoriales.

Determinará, así mismo, el situado fiscal, esto es, el monto de los ingresos corrientes de la Nación que será cedido a los departamentos, el Distrito Capital y los distritos especiales de Cartagena, Santa Marta y Barranquilla, para la atención directa, o a través de los municipios, de los servicios que se les asignen.

Los recursos del situado fiscal se destinarán a financiar la educación preescolar, primaria, secundaria y media, y la salud, en los niveles que la ley señale, con especial atención a los niños.

El situado fiscal aumentará anualmente en una proporción igual al incremento del índice de inflación y se usará para atender adecuadamente los servicios para los cuales está destinado. Con este fin, se incorporarán a él la retención del impuesto a las ventas y todos los demás recursos que la Nación transfiere directamente para cubrir gastos en los citados niveles de educación.

La ley fijará los plazos para la cesión de estos ingresos y el traslado de las correspondientes obligaciones, establecerá las condiciones en que cada departamento asumirá la atención de los mencionados servicios y podrá autorizar a los municipios para prestarlos directamente en forma individual o asociada. No se podrán descentralizar responsabilidades sin la previa asignación de los recursos fiscales suficientes para atenderlas.

Un quince por ciento del situado fiscal se distribuirá por partes iguales entre los departamentos, el Distrito Capital y los Distritos de Cartagena, Santa Marta y Barranquilla. El resto se asignará en proporción al número de usuarios actuales y potenciales de los servicios mencionados, teniendo

en cuenta, además, el esfuerzo fiscal ponderado y la eficiencia administrativa de la respectiva entidad territorial.

Parágrafo. A partir del año 2001, el situado fiscal aumentará en la misma proporción que la inflación. Para la incorporación de estos recursos en el Presupuesto General de la Nación se tomará como base para el incremento del situado fiscal el incremento del índice de inflación proyectado por el Banco de la República.

Artículo 2°. El artículo 357 de la Constitución Política de Colombia, modificado por el Acto Legislativo 1 de 1995, quedará así:

Artículo 357. Los municipios participarán en los ingresos corrientes de la Nación. La ley, a iniciativa del Gobierno, definirá las áreas prioritarias de inversión social que se financiarán con dichos recursos. Para los efectos de esa participación, la ley determinará los resguardos indígenas que serán considerados como municipios.

Los recursos provenientes de esa participación serán distribuidos por la ley de conformidad con los siguientes criterios: el sesenta por ciento (60%) en proporción directa al número de habitantes con necesidades básicas insatisfechas y al nivel relativo de pobreza de la población del respectivo municipio; el resto en función de la población total, la eficiencia fiscal y administrativa y el progreso demostrado en calidad de vida, asignando en forma exclusiva un porcentaje de esa parte a los municipios menores de 50.000 habitantes.

La ley precisará el alcance, los criterios de distribución aquí previstos, y dispondrá que un porcentaje de estos ingresos se invierta en las zonas rurales.

Parágrafo. A partir del año 2002, La participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación aumentará en una proporción igual al incremento de la inflación. Para la incorporación de estos recursos en el Presupuesto General de la Nación se tomará como base el incremento del índice de inflación proyectado por el Banco de la República.

La ley definirá las nuevas responsabilidades que en materia de inversión social asumirán los municipios y las condiciones para su cumplimiento. Sus autoridades deberán demostrar a los organismos de evaluación y control de resultados la eficiente y correcta aplicación de estos recursos

y, en caso del mal manejo, se harán acreedores a las sanciones que establezca la ley.

A partir del año 2000, los municipios clasificados en las categorías cuarta, quinta y sexta, de conformidad con las normas vigentes, podrán destinar libremente, para inversión o para otros gastos, hasta un quince por ciento (15 %) de los recursos que perciban por concepto de la participación.

Artículo 3°. Se deroga el artículo 358 de la Constitución Política.

Artículo 4°. El presente acto legislativo entra a regir a partir de la fecha de su publicación.

De los honorables Congresistas,

Juan Camilo Restrepo,

Ministro de Hacienda y Crédito Público.

EXPOSICION DE MOTIVOS

Honorables Congresistas:

En el marco de las acciones encaminadas a sanear las finanzas públicas ocupa un lugar privilegiado el tema relativo a las transferencias destinadas a las entidades territoriales que fueron establecidas por el Constituyente de 1991, como instrumento para materializar la descentralización territorial. Este sistema político busca acercar la Administración Pública al ciudadano asignándole la competencia para la prestación de los servicios públicos de educación y salud y la responsabilidad por la realización de obras de infraestructura local a las autoridades públicas que son más cercanas a él, transfiriéndoles simultáneamente los recursos necesarios para que puedan cumplir con esas funciones.

El proyecto que con la presente exposición de motivos se pone a consideración del honorable Congreso de la República tiene por objeto continuar y profundizar el proceso de descentralización, promoviendo medidas que tienden a fortalecerlo, buscando simultáneamente el equilibrio de las finanzas públicas. Mantener inflexibilidades que pueden conducir al decaimiento de las finanzas nacionales solo conduce al fracaso del sistema de descentralización, por cuanto lo hace insostenible en el tiempo, afectando las finanzas nacionales, las territoriales y a la población en general, al negarle el acceso a los servicios públicos de educación y salud y al impedir la realización de obras de infraestructura social regional. El Gobierno es plenamente consciente de tal situación y observa que, sin dar marcha atrás al proceso de descentralización, debe adoptar medidas que tengan en cuenta el contexto de las finanzas públicas nacionales y hagan sostenible en el tiempo la transferencia de recursos a las entidades territoriales.

Esta es la esencia del proyecto de acto legislativo que se somete a consideración del honorable Congreso de la República y que a renglón seguido se explica:

I. Presentación

El equilibrio económico del país y su desarrollo dependen en gran medida de la consolidación del proceso de descentralización fiscal y del sano ordenamiento de las transferencias territoriales. La descentralización es un modelo económico que permite lograr el desarrollo del país como un todo, logrando que las entidades territoriales asuman las responsabilidades que por su propia naturaleza les son propias, sin perjuicio de la acción complementaria de la Nación. Sin embargo, esta no puede ser una fuente de desequilibrios fiscales estructurales, que impida finalmente el cumplimiento de las obligaciones del Estado en todos sus niveles.

El Gobierno comparte y defiende la idea de que la profundización de la descentralización fiscal, ordenada por la Constitución de 1991, ha sido benéfica para el país y de allí su compromiso por llevar a feliz término esta primera etapa de las transferencias territoriales, respetando los valores máximos que estas transferencias alcanzarán en los próximos años.

La Constitución de 1991 estableció que Colombia es una República unitaria y descentralizada, instrumentando esa definición política a través de un sistema mediante el cual, progresivamente, se han venido transfiriendo recursos y responsabilidades a las entidades territoriales. Una primera etapa, la de transición, habrá de culminar en los próximos años al alcanzarse el punto máximo de las transferencias nacionales a las entidades territoriales, representadas por el 22% de los ingresos corrientes que se estarán destinando a las participaciones municipales a partir del año 2001 y el 24.5% de los ingresos corrientes que ya se viene asignando al situado fiscal para los departamentos.

El Gobierno Nacional ha considerado de la mayor importancia garantizar el cumplimiento de esta primera fase de la descentralización fiscal, la cual se logrará al alcanzar las transferencias los máximos valores establecidos por la ley y la Constitución, al punto que el valor total de las transferencias territoriales ya ha superado el mandato constitucional, si se contabiliza el Fondo de Compensación Educativo, FEC.

Sin embargo, una vez cumplida esta primera etapa y respetando el mandato legal de llevar la participación municipal a su valor tope del 22% de los ingresos corrientes en el año 2001 y mantener el equivalente al 24.5% para el situado fiscal, se hace indispensable orientar de forma diferente el esquema de transferencias territoriales, de tal manera que se eliminen las restricciones que enfrenta el manejo presupuestal del gobierno central debido a la atadura de estas transferencias a los ingresos corrientes.

De allí que el proyecto de Acto legislativo que se pone a consideración del honorable Congreso de la República parte de la premisa esencial de conservar y mejorar el sistema de descentralización, garantizando a las entidades territoriales que las transferencias de la Nación se mantengan en el valor máximo que, por mandato de la Constitución y la Ley 60 de 1993, deben alcanzar. Se inspira en la necesidad de avanzar hacia la segunda etapa de la descentralización, que permitirá hacer compatible ésta con el desarrollo de la economía y la estabilidad de las finanzas públicas nacionales. De esta manera, el Gobierno Central recuperará parcialmente su flexibilidad presupuestal y logrará controlar su desbalance fiscal, el cual tiene un claro origen de carácter estructural.

Se inicia así una segunda etapa de la descentralización fiscal, en la cual el valor adquisitivo real de las transferencias se mantendrá en el tiempo, independientemente de la evolución de los ingresos corrientes de la Nación. Dichos ingresos han sido muy fluctuantes en razón de los inevitables efectos de los ciclos económicos, razón por la cual, en años como el presente, el monto de las transferencias podría disminuir en términos reales, ocasionando la insuficiencia de recursos en las entidades territoriales para poder cumplir con sus obligaciones en materia de salud, educación y otras áreas de inversión social.

El proyecto propuesto encuentra pleno sustento en la jurisprudencia constitucional. Aunque una reforma constitucional no necesita un sustento en la propia Constitución que modifica, ni en las interpretaciones que sobre ella se han dado, sí es importante que, dentro del criterio de armonización de la normatividad que ella contiene, se analicen temas consustanciales a la misma como el de autonomía de las entidades territoriales. Así, ha resaltado la Corte Constitucional la unidad como componente del Estado, en los siguientes términos:

“Los principios expuestos (jerarquía, prohibición de vaciamiento de competencias), tienen una especial trascendencia en materias económicas, una de cuyas expresiones se mezcla en este proceso con la malla territorial. La tercera regla de solución pone de presente que en materias económicas se intensifica el alcance y peso de lo unitario. *A contrario sensu* las debilidades del elemento autónomo se exacerban cuando se trata de lo económico.

En el ámbito económico el principio de la unidad es esencial para evitar la desintegración y la disfuncionalidad del sistema. La

administración de recursos escasos requiere un manejo coherente y de una visión que sobrepase el corto plazo. En materia económica, como se vio, existe una tendencia cohesionante muy fuerte, más exactamente una necesidad de unicidad muy marcada. De ahí que el principio de la jerarquía será también el que tenga aplicación preferencial.”¹

Tal posición no corresponde, exclusivamente, al criterio de esa Corporación sino que fue expresada, en su debido momento, en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente. Allí se puntualizó que el Estado que nació con la Constitución de 1991 estaba a medio camino entre el centralismo y el federalismo. La concepción unitaria en donde tiene asidero lo descentralizado, no niega ni anula la premisa sobre la cual se constituye la República. Este aspecto fue sintetizado de la siguiente manera:

“La Asamblea Nacional Constituyente, luego de haber considerado todo tipo de propuestas de modificación a la forma del Estado, entre ellas la Federal y la Regional, decidió reafirmar el carácter unitario del Estado colombiano. Claro que modificó el sentido convencional de este principio al colocar junto a él, en el mismo artículo, otro principio que repercute significativamente en la cuestión territorial: la autonomía de las entidades territoriales.

La esencia del Estado Unitario radica en la conservación de su unidad política y jurídica. En el proyecto aprobado tales condiciones se satisfacen plenamente. Las atribuciones más importantes del Estado continúan siendo monopolio de la instancia nacional: funciones constituyentes, legislativa, judicial, electoral y de control. Otras competencias de relevancia están en cabeza de autoridades nacionales: las relaciones exteriores, la fuerza pública, la planeación, el orden público, la dirección de la economía, etc.”²

Sin duda, la voluntad del Constituyente no fue la de minimizar el carácter unitario de nuestra República ni de darle un trato de inferior categoría. De hecho y como hemos visto, conserva funciones de trascendencia que no pueden ser soslayadas y, menos aún, descuidadas financieramente.

Vale la pena indicar que la propuesta sometida a consideración del Congreso de la República no obedece a un análisis exclusivo de esta administración. En efecto, al poco tiempo de la expedición de la Constitución de 1991, los analistas económicos alertaban acerca de los retos que se asumían y los problemas que se avecinaban. Se dijo entonces:

“Tan masivo aumento de transferencias no quiere decir, necesariamente, que el efecto fiscal sea un gasto adicional de esa magnitud. Tal desarrollo generaría un incremento de déficit fiscal que amenazaría la estabilidad macroeconómica del país. Esta situación sería el caso típico de un proceso de descentralización que no resultaría sostenible por la gravedad de su impacto negativo en el balance fiscal.”³

Ya para 1997, la Comisión de Racionalización del Gasto Público, integrada por economistas representantes de diversas corrientes políticas, alertaba:

“En lo referente a las fuentes, el sistema de transferencias intergubernamentales vigente se encuentra atado al monto de ingresos corrientes de la Nación, condición que tiende a generar inestabilidad en las transferencias a las regiones y, desde el punto de vista del Gobierno Central, a producir alteraciones macroeconómicas.”⁴

Infortunadamente, este es el actual escenario. Si colapsan las finanzas nacionales ninguna viabilidad tendrán los traslados a las entidades territoriales que se nutren de ellas.

II. El problema de las finanzas públicas a nivel nacional

Es claro que en materia de transferencias de recursos a las entidades territoriales el Gobierno Nacional ha ido más allá de lo ordenado por la Constitución de 1991, por ejemplo al otorgar recursos a través de los fondos de cofinanciación o al expandir rápidamente el componente complementario del situado fiscal. En efecto, en materia de situado fiscal se creó el Fondo de Compensación Educativo (FEC) como un mecanismo que permitió incrementar de forma significativa los recursos destinados a la educación básica, a pesar de haberse presentado coyunturas en las cuales el reaforo de ingresos hubiera dado pie a una reducción de recursos en este frente.

De forma complementaria, el gobierno central ha continuado asumiendo los costos en materia de vigilancia a través de la Policía Nacional y el mantenimiento del sistema judicial en todo el territorio nacional, a pesar de que la práctica, en muchos países con esquemas de descentralización similares al nuestro, ha sido la de ir compartiendo gradualmente estos gastos con las entidades territoriales. Algo similar ha ocurrido en el caso de los gastos referentes a la educación superior en las entidades territoriales, pues la Ley 30 de 1992 ha mantenido transferencias por un valor de \$800.000 millones (equivalente a 0.6% del PIB de 1999).

Los recursos totales destinados a la educación y la salud básicas hoy tienen una mejor posibilidad de aplicación eficiente después de la flexibilización establecida en la Ley 508 de 1999, sobre el Plan Nacional de Desarrollo. Gracias a ello se alcanzarán mayores coberturas y mejoramiento en la calidad de la educación y la salud básica en Colombia.

La propuesta de este proyecto de acto legislativo consiste en orientar con nuevos criterios las transferencias territoriales, una vez que se haya cumplido la primera etapa de este sistema. De esta manera, será posible corregir el desbalance en la cuenta corriente del Gobierno central y recuperar la flexibilidad en el manejo del presupuesto.

III. El efecto de las transferencias atadas a los ingresos corrientes de la Nación

Buena parte de la crítica situación por la cual atraviesan las finanzas del sector central obedece al actual sistema sobre el cual está fundamentado el régimen de transferencias a las entidades territoriales. Las transferencias correspondientes a los rubros de situado fiscal, Fondo de Compensación Educativo y participaciones municipales, han crecido de manera pronunciada durante la presente década, pasando de \$567.300 millones en 1990 (equivalentes al 2.8% del PIB) a cerca de \$8 billones en 1999 (equivalentes al 5.3% del PIB), el mayor valor en la historia de la descentralización del país (véanse cuadros 1 y 2).

Descontando el efecto de la inflación, este crecimiento ha implicado una tasa de expansión real promedio de 11.6% anual durante este período 1990-99, donde dicho índice real se habrá casi triplicado al finalizar este año (1999=268.6) respecto del valor real que se tenía a principios de esta década (1990=100), (véanse cuadros 3 y 4). Cabe resaltar también el preocupante hecho de que esta tasa de expansión real cercana al 12% anual en las transferencias territoriales prácticamente triplica el crecimiento real promedio de 3% anual que había experimentado nuestra economía en las dos últimas décadas, antes de caer en la fase de lento crecimiento que se inició desde 1996.

El rubro de las transferencias territoriales se ha constituido en la partida presupuestal de mayor importancia relativa, equivalente hoy al 39% de los gastos de funcionamiento, y sin lugar a dudas es una de las que más rápidamente se han expandido en términos reales, como ya se mencionó.

Con relación a los ingresos corrientes de la Nación, las transferencias territoriales han incrementado su participación del 28.7% en 1990 al 47.8% en 1999 (véase cuadro 5). Nótese que este último porcentaje de participación total dentro de los ingresos corrientes de la Nación inclusive supera el 44.5% establecido en la Constitución y la Ley 60 de 1993 (donde el 24.5% proviene hoy del situado y el 20% de la participación municipal) a causa de la creación, a partir de 1996, del Fondo de Compensación

¹ Sentencia C-478 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

² GACETA CONSTITUCIONAL, número 143 del 27 de diciembre de 1991, pág. 25. Ordenamiento territorial, ponencia para segundo debate elaborada por el Constituyente Jaime Castro.

³ COLOMBIA: DESCENTRALIZACIÓN Y FEDERALISMO FISCAL, Presidencia de la República, DNP, Bogotá 1992, pág. 251.

⁴ INFORME DE LA COMISION DE RACIONALIZACION DEL GASTO Y DE LAS FINANZAS PUBLICAS, Tomo III Descentralización, Santa Fe de Bogotá D. C., 1997, pág. 30.

Educativo (FEC), hoy convertido en un esquema de financiación permanente, por mandato de la Ley 508 de 1999, Plan Nacional de Desarrollo.

Cabe recordar que por mandato constitucional de los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y de las leyes vigentes, estas transferencias territoriales continuarán incrementándose hasta completar un tope del 46.5% de los ingresos corrientes de la Nación en el año 2001 (resultante del 24.5% del situado y del incremento al 22% de las participaciones municipales, respecto del 20% que hoy se encuentra vigente).

Es entonces de la mayor importancia mantener y profundizar la descentralización y simultáneamente corregir el desbalance estructural de las finanzas públicas para lo cual se propone que las transferencias territoriales, cuando hayan llegado a su punto más alto, evolucionen con la inflación, es decir, que mantengan su valor histórico máximo en términos reales, a partir del año 2000 en el caso del situado fiscal (cuando representará el 24.5% de los ingresos corrientes) y a partir del año 2002 en el caso de las participaciones municipales (que llegarán al 22% de los ingresos corrientes en el año 2001).

Según lo señalado en la Constitución, la base para el cálculo de estas transferencias son los ingresos corrientes de la Nación. El inconveniente de esta fórmula, es que el crecimiento del gasto público se convirtió en una variable dependiente del crecimiento de los ingresos corrientes. En aras de corregir esta distorsión, el Gobierno propone una fórmula que consiste en mantener en términos reales el valor de las transferencias territoriales y de esta manera independizar el gasto del crecimiento de los ingresos.

Las dificultades fiscales de los años 1999 y 2000, cuando se prevén déficit en el rango de 3 a 4% del PIB, no deben dejar la menor duda sobre la urgencia que tiene la aprobación de este Acto Legislativo. Por ejemplo, el total de gastos corrientes, a pesar de los esfuerzos de recortes presupuestales que sumaron cerca de 1.5% del PIB durante el mes de enero de 1999, alcanzarán una cifra cercana a 16.5% del PIB durante 1999, la cifra más elevada en la historia reciente del país. Aun si de allí se descuentan los gastos relacionados con la crisis del sistema financiero y cooperativo, fondeados con el impuesto transitorio del 2 por 1.000, los gastos corrientes superarían en cerca de 1% del PIB los observados en 1998, tanto por el incremento en los pagos de intereses como por las mayores transferencias territoriales.

El gobierno central ha tenido que contraer rápidamente su inversión pública, a niveles del 1.6% del PIB en 1998 y a 1.3% del PIB en 1999, respecto de niveles históricos cercanos al 2.5% del PIB (cuando las transferencias a los territorios eran más bajas y el grueso de la inversión corría por cuenta del gobierno central). Así, en esta reducción de la inversión del gobierno central existe una motivación coyuntural, que radica en no agravar aun más sus requerimientos de financiación, para evitar nuevas alzas en las tasas de interés, y otra de carácter estructural, pues claramente son las entidades territoriales las que están en capacidad financiera para adelantar proyectos de inversión de carácter social.

La inversión del gobierno central deberá reducirse aún más durante el año 2000, a tan sólo 1.1% del PIB, en razón del incremento en el pago de intereses, que estará elevándose a 3.4% del PIB. Esto significa que la asignación de todo el producto del IVA interno, equivalente a 3.1 % del PIB en el año 2000, no sería suficiente para pagar el rubro de intereses de la deuda del Gobierno Central.

Por su parte, las transferencias territoriales ascenderán a un total de \$8.3 billones en el año 2000, equivalente a 4.8% del PIB, de las cuales 2.8% del PIB corresponderán a situado fiscal y FEC, mientras que las participaciones alcanzarán el 2% del PIB, teniendo en cuenta el incremento de la tasa de participación al 21% de los ingresos corrientes. Cabe señalar que estas cifras corresponden a los pagos efectivos, que toman en cuenta los efectos rezagados de los reaforos y la acumulación histórica que se presentó en años recientes.

Debido a estas mayores presiones en el gasto, el déficit del gobierno central aún permanecería en niveles del 4.5% del PIB, a pesar de las

drásticas medidas contempladas en el Presupuesto del año 2000 presentado a consideración del Congreso.

IV. Acciones del nivel nacional y límites

Durante el período 1990 - 1998, el país ha experimentado cinco reformas tributarias que han afectado sistemáticamente el impuesto al valor agregado (IVA), elevando su tasa del 10 al 16%, excepto en el caso de la Ley 488 de 1998 sancionada en diciembre de 1998, cuando se expandió la base del gravamen a cerca de 32 nuevos productos y se adoptaron mecanismos para luchar contra la evasión, a cambio de reducir dicho gravamen al 15% a partir de noviembre de 1999. Si bien los recaudos tributarios se lograron elevar en 2.6 puntos del PIB, al pasar de niveles del 8% del PIB en 1990 acerca del 10.6% en 1997 (ver gráfico 1), el gobierno central tan sólo pudo disponer de cerca de 1.5 puntos del PIB, pues el remanente 1.1 se destinó a las mayores transferencias territoriales.

Cabe resaltar que el gobierno también logró mejorar las condiciones de los fiscos territoriales en la mencionada Ley 488 de 1998, en la cual se aprobaron fuentes adicionales para la propia financiación de las entidades territoriales, al haber incrementado la sobretasa a la gasolina al 20% con destino a los municipios y la sobretasa al ACPM en un 6% con destino a los departamentos.

Es preciso aclarar que de aprobarse esta reforma a los artículos 356 y 357 de la Carta Política, este procedimiento permitirá no sólo mantener, en términos reales, el nivel histórico de recursos correspondientes a las transferencias territoriales, sino que se constituirá en una pieza fundamental para devolverle flexibilidad al manejo de las finanzas del gobierno central.

Así, el Gobierno Nacional ya ha tomado la iniciativa en este frente al presentar a consideración del honorable Congreso un Proyecto de Presupuesto para el año 2000 que ajusta la mayoría de sus rubros con la meta de inflación que anunció el Banco de la República, salvo los relacionados con las transferencias territoriales y los del servicio de la deuda. En este sentido, el gobierno ya está aplicando en el año 1999 lo que le propone al Congreso que se aplique, por mandato constitucional, a partir del año 2001 en el caso del situado fiscal y a partir del año 2002 en el caso de las participaciones municipales, una vez se hayan alcanzado los valores históricos máximos de dichas transferencias.

De esta manera, el Gobierno Central está aplicando desde ya en sus finanzas públicas el mismo rasero que ahora propone para las transferencias territoriales. La aplicación de principios de austeridad, que simultáneamente garanticen que se mantiene el poder adquisitivo real de los recursos ya asignados en materia de transferencias territoriales, se habrá de constituir en la pieza fundamental para retomar la senda de la ortodoxia fiscal que por tantos años había caracterizado al país.

Estos principios de ajuste de largo plazo vienen siendo adoptados por muchas economías que requieren corregir desbalances estructurales. Por ejemplo, el Congreso de Argentina acaba de aprobar la llamada "Ley de Convertibilidad Fiscal", consistente en adoptar mecanismos que aseguren que el déficit fiscal consolidado se irá reduciendo continuamente hasta llevarlo prácticamente al equilibrio fiscal en el año 2002.

Gracias a este compromiso social, sus perspectivas de colocación de bonos en los mercados internacionales se han mejorado significativamente hacia el futuro.

De forma similar, el Congreso de Brasil viene discutiendo reglas de ajuste fiscal de largo plazo, como la llamada "Ley de Responsabilidad Fiscal", que apuntan en la misma dirección. Por último, cabe señalar la experiencia que ha tenido los EE.UU., en años recientes gracias a la aprobación del "Balance Budget Act" que viene reportando superávits consolidados que han mejorado de forma sustantiva las perspectivas de la seguridad social.

En síntesis, el Estado colombiano no puede ser ajeno a la tendencia internacional de garantizar, mediante acuerdos de largo plazo, la corrección de los desbalances fiscales de carácter estructural con el fin de recuperar la capacidad de ahorro e inversión que tanto necesita un país en desarrollo.

V. La reforma como una imperiosa necesidad

Sólo mediante un mecanismo de este tipo, de cara al nuevo milenio que exige mayor ahorro e inversión, será posible superar las dificultades fiscales de tipo estructural y recuperar la infraestructura nacional, sin retroceder en el proceso de descentralización. De no tomarse correctivos para reorientar los recursos públicos, la presión que continuarían ejerciendo las transferencias territoriales sobre los gastos de funcionamiento del gobierno central desbordaría el 42% a partir del año 2001.

Además, el Gobierno Nacional se vería abocado a tener que recortar prácticamente la totalidad de la inversión en infraestructura, pues los gastos de intereses ya representan más de 3% del PIB, los servicios personales más del 2% del PIB, las transferencias territoriales más de 5% del PIB y el resto de las transferencias representan otro 5% del PIB (incluyendo las relacionadas con pensiones), para un total de gastos ineludibles de 15% del PIB, frente a unos ingresos tributarios que difícilmente superarán el 12% del PIB en los años venideros, aun suponiendo una recuperación del crecimiento económico y el éxito en la lucha contra la evasión y la elusión tributaria. Así las cosas, el gobierno nacional enfrenta un déficit estructural en su cuenta corriente (ingresos menos gastos operativos) de por lo menos 3% del PIB. (Ver gráfico 1).

Así las cosas, la propuesta del Proyecto de Acto Legislativo consiste en orientar con nuevos criterios las transferencias territoriales, una vez que se haya concluido la primera etapa de las transferencias a los territorios, que se ha fundamentado en criterios de participación en los ingresos corrientes de la Nación. Los valores máximos que se alcanzarán en las transferencias de situado en el año 2000 y de participación en el año 2001 se garantizarán en términos de su poder adquisitivo histórico al hacerlos evolucionar con la inflación a partir de esas fechas. De esta manera, será posible corregir el desbalance en la cuenta corriente del gobierno central y recuperar la flexibilidad en el manejo del presupuesto.

La propuesta apunta a compatibilizar el nivel de asignación de recursos correspondiente a las transferencias territoriales con la estabilidad de la economía. Esto implica que, independientemente de las fluctuaciones que experimenten los ingresos corrientes de la Nación como resultado de los ciclos económicos, el Gobierno Central se compromete a transferir un monto de recursos suficientes para cubrir las necesidades básicas en materia de educación, salud e inversión social.

Como se mencionó, la propuesta en este Acto Legislativo consiste tomar el valor del situado fiscal al finalizar el año 2000, y ajustarlo por la tasa de inflación. Tal como se observa en el cuadro 6, se estima que dicho valor ascendería a \$4.3 billones de pesos de 1999, el cual mantendría su poder adquisitivo hacia el futuro.

De forma similar, el valor correspondiente a las transferencias municipales, que alcanzaría su valor máximo en el año 2001, también se ajustaría por inflación a partir de allí, con lo cual mantendrá su capacidad de compra de servicios en materia de educación y salud y de bienes en materia de inversión social.

En el gráfico 2 se ilustra cómo se ha ido elevando el porcentaje del situado fiscal hasta alcanzar el máximo del 24.5% en 1996 y cómo las transferencias territoriales alcanzarían el 22% en el año 2001.

A partir de esas fechas, dichos rubros evolucionarían con la inflación, manteniendo su poder adquisitivo real. De esta manera se estaría no sólo preservando el poder adquisitivo de dichas transferencias, sino que el Gobierno central empezaría a recuperar la flexibilidad necesaria para el manejo de una política fiscal coherente. Es claro que de no existir esta alternativa y con la perspectiva de niveles de déficit del 4.5% del PIB en el año 2001, el gobierno no tendría alternativa distinta a la de continuar sacrificando su capacidad de inversión en infraestructura, que como se dijo pronto estaría por debajo del 1% del PIB. La iniciativa de la inversión tendría entonces que recaer totalmente en los territorios, pues el gobierno central se habría quedado sin otra alternativa para ajustar sus finanzas.

VI. Resumen

El acto legislativo que se somete a consideración del honorable Congreso de la República se inspira en la necesidad de replantear la distribución de los recursos de la Nación, una vez se haya completado la primera etapa de la descentralización fiscal al llegar las transferencias al punto máximo señalado para ellas por la Constitución y la Ley 60 de 1993, de tal manera que, al tiempo que se respeta el valor real que habrán alcanzado dichas transferencias territoriales (del 22% para las participaciones municipales en el año 2001 y del 24.5% en el situado a partir del año 2000), el gobierno central recupera parcialmente la flexibilidad para el manejo presupuestal y logra controlar su desbalance fiscal, el cual tiene un claro origen de carácter estructural.

El sistema de transferencias de recursos nacionales a las entidades territoriales no puede ser la fuente del desequilibrio estructural de las finanzas públicas, si se quiere garantizar en el largo plazo la estabilidad de éstas. El proyecto de Acto Legislativo que se propone garantiza que el monto de las transferencias se mantendrá en términos reales, mejorando y profundizando el sistema de descentralización, dando inicio a la segunda fase del proceso, el de una descentralización equilibrada y sostenible que es el propósito prioritario de esta administración.

De los honorables Congresistas,

Juan Camilo Restrepo Salazar,
Ministro de Hacienda y Crédito Público.

Cuadro No. 1
EVOLUCION DE LAS TRANSFERENCIAS TERRITORIALES 1990-1999
(Millones de pesos corrientes)

Millones de pesos corrientes	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999
1. Situado fiscal	405,900	530,400	796,600	1,073,800	1,510,385	1,834,800	2,632,000	2,975,500	3,300,760	4,535,900
2. FEC	0	0	0	0	0	0	132,800	318,600	694,236	473,600
3. Subtotal (1+2)	405,900	530,400	796,600	1,073,800	1,510,385	1,834,800	2,764,800	3,294,100	3,994,996	5,009,500
4. Participaciones										
Municipales	161,400	263,300	444,848	649,239	830,500	1,065,400	1,552,000	1,943,000	2,480,292	3,041,800
5. Total (3+4)	567,300	793,700	1,241,448	1,723,039	2,340,885	2,900,200	4,316,800	5,237,100	6,475,289	8,051,300

Cuadro No. 2
EVOLUCION DE LAS TRANSFERENCIAS TERRITORIALES 1990-1999
(Como % del PIB)

% del PIB	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999
1. Situado fiscal	1.74	2.04	2.10	2.24	2.17	2.61	2.45	2.31	2.95
2. FEC	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.13	0.26	0.49	0.31
3. Subtotal (1+2)	1.74	2.04	2.10	2.24	2.17	2.75	2.71	2.80	3.26
4. Participaciones municipales	0.87	1.14	1.27	1.23	1.26	1.54	1.60	1.74	1.98
5. Total (3+4)	2.61	3.18	3.37	3.47	3.43	4.29	4.31	4.54	5.24

Fuente: Ministerio de Hacienda, CONFIS

Cuadro No. 3
EVOLUCION DE LAS TRANSFERENCIAS TERRITORIALES 1990-1999
Millones de pesos constantes del año 1999

Millones de pesos constantes	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999
1. Situado fiscal	2,144,587	2,209,736	2,652,045	2,915,669	3,345,395	3,401,934	4,012,198	3,854,373	3,663,844	4,535,900
2. FEC	0	0	0	0	0	0	202,439	412,705	770,602	473,600
3. Subtotal (1+2)	2,144,587	2,209,736	2,652,045	2,915,669	3,345,395	3,401,934	4,214,637	4,267,078	4,434,446	5,009,500
4. Participaciones municipales	852,762	1,096,952	1,480,991	1,762,866	1,839,498	1,975,377	2,365,855	2,516,904	2,753,124	3,041,800
5. Total (3+4)	2,997,349	3,306,688	4,133,036	4,678,535	5,184,893	5,377,311	6,580,493	6,783,982	7,187,570	8,051,300

Fuente: Ministerio de Hacienda, CONFIS

Cuadro No. 4
EVOLUCION DE LAS TRANSFERENCIAS TERRITORIALES 1990-1999
(Indice Real 1990=100)

Indice Real Base 1990=100	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999
1. Situado fiscal	100.0	103.0	123.7	136.0	156.0	158.6	187.1	179.7	170.8	211.5
2. FEC	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	9.4	19.2	35.9	22.1
3. Subtotal (1+2)	100.0	103.0	123.7	136.0	156.0	158.6	196.5	199.0	206.8	233.6
4. Participaciones municipales	100.0	128.6	173.7	206.7	215.7	231.6	277.4	295.1	322.8	356.7
5. Total (3+4)	100.0	110.3	137.9	156.1	173.0	179.4	219.5	226.3	239.8	268.6

Fuente: Ministerio de Hacienda, CONFIS

Cuadro No. 5
EVOLUCION DE LAS TRANSFERENCIAS TERRITORIALES 1990-1999*
(Como % de los ingresos corrientes)

% Ingresos corrientes	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999
1. Situado fiscal	20.57	18.57	20.58	20.40	23.00	23.50	24.50	24.50	24.50	24.50
2. FEC	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	1.35	2.46	4.63	3.34
3. Subtotal (1+2)	20.57	18.57	20.58	20.40	23.00	23.50	25.85	26.96	29.13	27.84
4. Participaciones municipales	8.18	9.22	11.50	12.33	15.00	16.00	17.00	18.00	19.00	20.00
5. Total (3+4)	28.74	27.79	32.08	32.73	38.00	39.50	42.85	44.96	48.13	47.84

Fuente: Ministerio de Hacienda-CONFIS

*Corresponde a las tasas de participación según la Ley 60/93, aplicadas sobre los ingresos corrientes que constituyen base de liquidación de las transferencias territoriales.

Cuadro No. 6
TRANSFERENCIAS EN PESOS REALES
Millones de pesos constantes de 1999

Millones de pesos constantes	PROYECCIÓN			
	2000	2001	2002	2003
1. Situado fiscal	3,581,186	3,581,186	3,581,186	3,581,186
2. FEC	774,670	774,670	774,670	774,670
3. Subtotal (1+2)	4,355,856	4,355,856	4,355,856	4,355,856
4. Participaciones Municipales	3,217,066	3,432,325	3,432,325	3,432,325
5. Total (3+4)	7,572,922	7,788,180	7,788,180	7,788,180

Fuente: Ministerio de Hacienda-CONFIS

GRAFICO No.1
CUENTA CORRIENTE DEL GOBIERNO CENTRAL 1990-1999
(Ingresos menos pagos corrientes, que excluyen inversión)

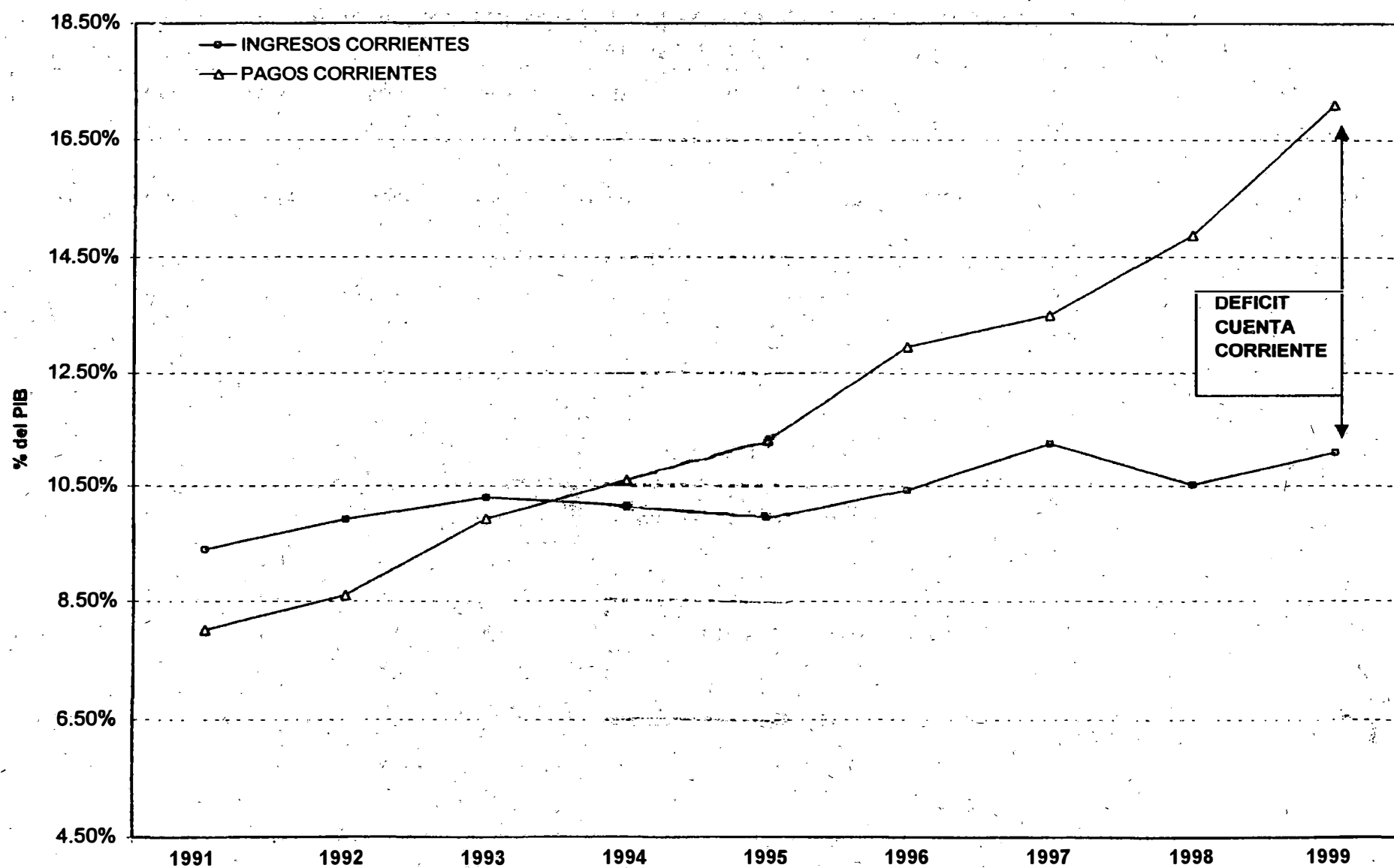
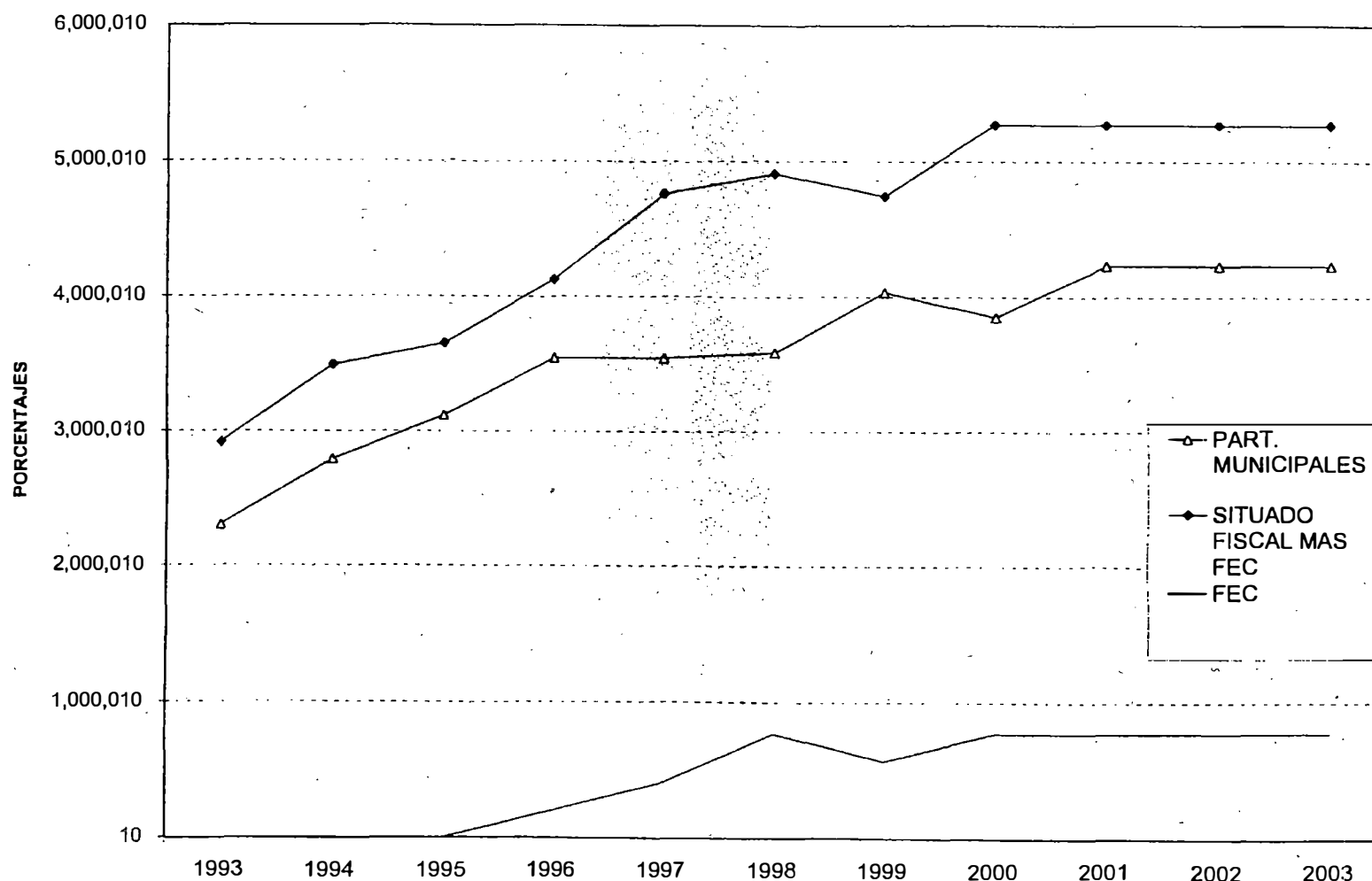


GRAFICO No. 2
SE MANTIENE EL PODER ADQUISITIVO DE LAS TRANSFERENCIAS TERRITORIALES PARTIENDO DE
LOS PORCENTAJES MAS ALTOS ORDENADOS POR LA CONSTITUCION DE COLOMBIA DE 1991



SENADO DE LA REPUBLICA
SECRETARIA GENERAL

Tramitación de Leyes

Santa Fe de Bogotá, D. C., 8 de septiembre de 1999

Señor Presidente:

Con el fin de que se proceda a repartir el Proyecto de acto legislativo número 08/99 Senado, "por el cual se modifican los artículos 356, 357 y 358 de la Constitución Política", me permito pasar a su Despacho el expediente de la mencionada iniciativa que fue presentada en el día de hoy ante Secretaría General. La materia de que trata el mencionado proyecto de acto legislativo es competencia de la Comisión Primera Constitucional Permanente.

El Secretario General,

Manuel Enríquez Rosero.

PRESIDENCIA DEL HONORABLE
SENADO DE LA REPUBLICA

Septiembre 8 de 1999

De conformidad con el informe de Secretaría General, dése por repartido el proyecto de acto legislativo de la referencia a la Comisión Primera Constitucional Permanente, para lo cual se harán las anotaciones de rigor y se enviará copia del mismo a la Imprenta Nacional con el fin de que sea publicado en la *Gaceta Legislativa de Congreso*.

Cúmplase.

El Presidente,

El Secretario General,

Miguel Pinedo Vidal.

Manuel Enríquez Rosero.

PROYECTOS DE LEY

PROYECTO DE LEY NUMERO 94 DE 1999 SENADO

por la cual se dictan normas de seguridad social en salud para las universidades públicas o estatales.

El Congreso de Colombia,

DECRETA:

Artículo 1°. Las universidades públicas o estatales, del orden nacional o territorial, que a la fecha de vigencia de la Ley 100 de 1993 prestaban de manera directa o indirecta servicios de seguridad social en salud a sus empleados docentes y no docentes, a sus trabajadores oficiales y a sus

pensionados, así como a sus beneficiarios, podrán continuar prestando dichos servicios directamente o a través de otras instituciones públicas, privadas o mixtas que presten servicios de salud, mediante los sistemas que ellas organicen, por cuanto en razón de su autonomía consagrada en los artículos 69 y 113 de la Constitución Política, no les es aplicable el artículo 236 de la Ley 100 de 1993.

Artículo 2°. Para los efectos previstos en el artículo precedente, las universidades públicas o estatales podrán establecer autónomamente una cotización obligatoria, en los términos y dentro de los límites previstos en el inciso 1° del artículo 204 de la Ley 100 de 1993, caso en el cual

trasladarán un punto de la cotización al Fondo de Solidaridad y Garantía para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado. En el caso de afiliación de pensionados de la respectiva universidad, o de servidores afiliados que se desvinculen temporalmente sin derecho a remuneración, la cotización que se establezca estará totalmente a cargo del pensionado o servidor afiliado.

Artículo 3°. Para todos los fines relacionados con el sistema de seguridad social en salud regulado por la Ley 100 de 1993, especialmente para los aspectos relativos a los regímenes de afiliación y de beneficios, la afiliación a los sistemas organizados por las universidades públicas o estatales, se entenderá como afiliación a las Empresas Promotoras de Salud. Igualmente, los sistemas que se organicen garantizarán el principio de libre afiliación a ellos o a las Empresas Promotoras de Salud, sin que pueda haber más de una afiliación.

Artículo 4°. La presente ley rige a partir de la fecha de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.

Proyecto presentado por:

Rafael Orduz Medina,
Senador de la República.

EXPOSICION DE MOTIVOS

Santa Fe de Bogotá, septiembre 7 de 1999

Senado de la República

Honorables Senadores

Comisión Séptima

Honorables Senadores:

El proyecto de ley “por la cual se dictan normas de seguridad social en salud para las universidades públicas”, que se somete a consideración del Congreso de la República y, específicamente, para los fines de sus primeros debates constitucionales, al honorable Senado de la República, tiene como objeto central esclarecer una situación jurídica surgida a raíz de la expedición de la Ley 100 de 1993, que no tuvo explícitamente en cuenta el carácter de entes autónomos de las universidades públicas, reconocido por la Constitución Política en sus artículos 69 y 113. Su contenido y alcance se precisa en las siguientes consideraciones:

1. La autonomía de las universidades públicas o estatales

Las universidades públicas, tanto del orden nacional como territorial, están cobijadas por el principio constitucional de autonomía consagrado en el artículo 69 de la Carta, conforme el cual las universidades públicas deben tener un régimen legal especial y se rigen por sus propios estatutos, y además, son entes estatales autónomos e independientes que no pertenecen a la Rama Ejecutiva ni a ninguna de las ramas del poder público, según lo estatuido por el artículo 113 de la Carta, tal y como lo ha precisado la Corte Constitucional en la ya clásica sentencia C-220 de 1997.

Esa autonomía, como lo ha explicado la Corte Constitucional, no se restringe a lo meramente académico, sino que comprende todas las demás materias que exige la organización y funcionamiento de la universidad. En efecto, para la Corte Constitucional la autonomía reconocida constitucionalmente a las universidades públicas “no puede limitarse, sin desvirtuarse, a lo meramente académico, pues es un hecho que la autonomía académica para poder ser ejercida, requiere de autonomía administrativa, financiera y presupuestal, dado que el ejercicio de cada una de ellas es condición indispensable para la realización de otras”. (Aparte de la sentencia citada).

Por esa razón, las normas legales que regulan hoy las universidades públicas, como son la Ley 30 de 1992 para el conjunto de ellas y el Decreto extraordinario 1210 de 1993 para la Universidad Nacional de Colombia, las autorizan para definir políticas y programas de bienestar universitario, así como para crear o modificar formas de organización institucional para el efecto, lo cual comprende, obviamente, lo relativo a la prestación de servicios de salud y previsión para sus docentes, empleados y personal

retirado. Con apoyo en ese régimen, que existía también antes de las normas citadas, muchas universidades estatales cuentan con sistemas propios de prestación de servicios de salud, que han mantenido y reordenado, aún después de expedida la Ley 100 de 1993.

2. Las disposiciones de la Ley 100 de 1993 y el régimen de las universidades estatales

Con ocasión de la vigencia de la Ley 100 de 1993, algunas de las Universidades estatales que venían prestando servicios de seguridad social en salud a su personal académico y administrativo, analizaron la norma del artículo 236 de la ley mencionada y consideraron que, en razón de la autonomía ya comentada, sus alternativas no les eran aplicables y que, por lo tanto, podían continuar prestándolos, sin someterse al régimen de la Ley 100 de 1993, aunque sí han reconocido por decisión propia contribuir con un 1% de las cotizaciones percibidas al Fondo de Solidaridad y Garantía.

En apoyo de ese entendimiento, las universidades estatales han aducido también que el sistema de seguridad social en salud organizado por la Ley 100 de 1993 no es excluyente de otros sistemas, como los que ellas han establecido, que funcionen conforme a la Constitución y a la ley, en armonía con los principios constitucionales de los artículos 48 y 49 de la Carta. Más específicamente, han estimado que las normas que regulan la autonomía de las universidades estatales, que autorizan prestar servicios de seguridad social en salud, por su especialidad son de aplicación preferente a las restantes disposiciones legales como son las de la Ley 100 de 1993, máxime cuando es claro que este régimen no deroga absolutamente todas las normas cuyo contenido se refiera a seguridad social y salud, sino únicamente las contrarias a sus disposiciones y algunas específicamente enumeradas en el artículo 289 de la citada Ley 100 de 1993.

Finalmente, obra también en la misma dirección de sustentar el régimen propio en materia de salud que pueden adoptar las universidades estatales, el Decreto 695 de 1994 que, en desarrollo de la Ley 100 de 1993, incorporó al sistema de seguridad social en salud, que esa ley organizó, a los servidores públicos de la rama ejecutiva del orden nacional, departamental, municipal o distrital, así como de sus entidades descentralizadas; a los del Congreso de la República, de la Rama judicial, de la Fiscalía General de la Nación, del Ministerio Público, de la Contraloría General de la República y de la organización electoral, pero que no incluyó en esa incorporación a los servidores de las universidades públicas, precisamente por ser éstas entes autónomos que no pertenecen a ninguna de las ramas del poder público y, por consiguiente, les corresponde autónomamente la determinación de su propio sistema de seguridad social en salud.

3. La necesidad de una ley que haga explícita la autonomía de las universidades estatales en materia de seguridad social en salud

Dado que el legítimo entendimiento del alcance de la autonomía de las universidades estatales frente al sistema de seguridad social en salud regulado por la Ley 100 de 1993, no está explícitamente consagrado en textos legales, es aconsejable que, de manera expresa, una ley como la que se propone lo indique. No se trata, por lo tanto, de introducir una excepción al régimen de la Ley 100 de 1993, sino de reconocer en forma clara que, tratándose de las universidades estatales, el alcance de su autonomía les permite regular internamente su propio sistema de seguridad social en salud. En este sentido, el legislador sin contrariar los principios en materia de seguridad social consagrados por los artículos 48 y 49 de la Carta, precisa y desarrolla la autonomía universitaria reconocida también por los artículos 69 y 113 de la Constitución Política, para que de manera indubitable puedan las universidades estatales mantener los sistemas de prestación de servicios de salud a sus servidores, que venían ofreciendo al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993.

4. Las características centrales del proyecto presentado

En el contexto de lo anteriormente expuesto, el proyecto de ley que se somete a consideración del Congreso —que puede ser de iniciativa parlamentaria, pues se trata del régimen de entes autónomos que no

pertenecen a la rama ejecutiva del poder público—, tiene las características principales que a continuación se sintetizan:

a) En cuanto a su campo de aplicación, está limitado a las universidades estatales del orden nacional o territorial que a la fecha de vigencia de la Ley 100 de 1993 prestaban de manera directa o indirecta servicios de seguridad social en salud a sus servidores y a sus pensionados y a sus beneficiarios, que serían las únicas que podrían continuar prestando dichos servicios. De esta manera, se busca únicamente respetar situaciones ya existentes y consolidadas, que han demostrado su eficiencia en esa materia, sin extender esa posibilidad a los entes universitarios estatales que no han tenido esa experiencia. (Artículo 1º)

b) En materia de régimen de cotización, se faculta a los entes autónomos universitarios ya referidos, para establecerla, pero siempre en los términos y dentro de los límites que prevé el inciso l del artículo 204 de la Ley 100 de 1993. Igualmente, se contempla que en todo caso será obligatorio contribuir al Fondo de Solidaridad y garantía que esa misma ley organizó, con un punto porcentual de la cotización. Como se puede apreciar, se trata de mantener un vínculo estrecho con el sistema general de seguridad social en salud y, sobre todo, de garantizar el cumplimiento del principio constitucional de solidaridad, sin que ello implique desmedro alguno de la autonomía universitaria. (Artículo 2º)

c) Finalmente, comoquiera que es preciso prever la movilidad del personal vinculado a la universidad, se ha considerado indispensable contemplar que para los efectos de afiliaciones a las Empresas Promotoras de Salud, se considerarán también como entidades de este carácter los sistemas organizados por las Universidades públicas conforme a la ley. Obviamente, todo dentro del respeto al principio de libre afiliación que está consagrado en la Ley 100 de 1993 y que en la ley proyectada se reitera expresamente.

De los Honorables Senadores, respetuosamente,

Rafael Orduz Medina,
Senador de la República.

SENADO DE LA REPUBLICA

SECRETARIA GENERAL

Tramitación de Leyes

Santa Fe de Bogotá, D.C., 7 de septiembre de 1999

Señor Presidente:

Con el fin de que se proceda a repartir el Proyecto de ley número 94/99 Senado, “por la cual se dictan normas de seguridad social en salud para las universidades públicas o estatales”, me permito pasar a su Despacho el expediente de la mencionada iniciativa que fue presentada en el día de hoy ante Secretaría General. La materia de que trata el mencionado proyecto de ley es competencia de la Comisión Séptima Constitucional Permanente.

El Secretario General,

Manuel Enríquez Rosero.

PRESIDENCIA DEL HONORABLE SENADO DE LA REPUBLICA

Septiembre 7 de 1999

De conformidad con el informe de Secretaría General, dese por repartido el proyecto de ley de la referencia a la Comisión Séptima Constitucional Permanente, para lo cual se harán las anotaciones de rigor y se enviará copia del mismo a la Imprenta Nacional con el fin de que sea publicado en la *Gaceta Legislativa del Congreso*.

Cumplase.

El Presidente,

Miguel Pinedo Vidal.

El Secretario General,

Manuel Enríquez Rosero.

PROYECTO DE LEY NUMERO 95 DE 1999 SENADO

por la cual se establecen condiciones para que los servidores públicos no contemplados en la prohibición del artículo 127 de la Constitución Política de Colombia, participen en las actividades de los partidos y movimientos políticos y en controversias políticas.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1º. Los servidores públicos no contemplados en la prohibición del artículo 127 de la Constitución Política de Colombia, podrán participar en las actividades de los partidos y movimientos políticos y en las controversias políticas, conforme a las normas vigentes sobre la materia pero ella deberá hacerse por fuera de las oficinas y otros lugares de trabajo, sin afectar el desarrollo de las funciones propias del cargo del respectivo funcionario, ni alterar o entorpecer el normal funcionamiento de la dependencia o entidad.

Artículo 2º. Estos servidores, públicos podrán expresarse en los distintos medios de opinión y comunicación, en relación con los partidos, y movimientos políticos, la actividad política, y los distintos hechos de acontecer nacional, regional, departamental, provincial o municipal, y aspirar a cargos de elección, pudiendo permanecer en su cargo hasta tanto se posesione del nuevo cargo en el evento de haber sido elegido, excepto por lo señalado en los preceptos constitucionales, pudiendo con este propósito, solicitar y que se autorice licencia no remunerada hasta por un año.

Artículo 3º. Los servidores a que se refiere la presente ley podrán formar parte activa de los distintos partidos y/o movimientos políticos, y responderán por sus opiniones y actuaciones, disciplinaria, penal o civilmente, conforme a las normas que sean aplicables.

Artículo 4º. Los servidores públicos podrán contribuir con los partidos y movimientos políticos, con los gastos de afiliación y sostenimiento, autorizados conforme a sus estatutos, y con los costos por asistencia en actos y participación o colaboración en actividades de su organización o de apoyo a determinado candidato.

Artículo 5º. La presente ley rige a partir de su sanción y deroga las disposiciones que les sean contrarias.

Publíquese y cúmplase.

Dada en Santa Fe de Bogotá, D. C. a...

Presentado a consideración del honorable Senado de la República por el suscrito Senador,

Ciro Ramírez Pinzón.

EXPOSICION DE MOTIVOS

Honorables Congresistas:

Al presentar este proyecto de ley, pretendo que el Congreso dé cumplimiento al encargo y mandato constitucional que le dio la Carta desde 1991 y que no se ha cumplido. Como se expone a continuación, esta ley permitirá mayor participación en la actividad, mayor motivación, mayor votación en las jornadas electorales, mayor disminución en los índices de abstención, mejoramiento en el desarrollo local y regional. Ese mandato constitucional exige una reglamentación legal que es de interés público y general.

La prohibición, señalada en el artículo 127 de la Constitución Política, de participar en política se deriva de la intención del constituyente de garantizar el principio fundamental de la neutralidad en la toma de decisiones, y en la aplicación de las mismas. Esta prohibición es aconsejable y justa en el entorno democrático, para quienes ejercen jurisdicción, autoridad civil o política, cargos de dirección administrativa, o se desempeñan en los órganos judiciales, de control, electoral lo anterior, es así, porque de otra manera no se protegería el interés general que inspira el texto constitucional. Este mismo artículo constitucional señala a la excepción a la prohibición de que los empleados del sector oficial

participen en política, y ellos, la excepción pueden participar en la actividad de los partidos y movimientos políticos, pero en las condiciones que establezca la ley que es lo que se pretende con este proyecto.

Pronunciamento jurisprudencial de la honorable Corte Constitucional

Sobre el particular la Corte Constitucional en Sentencia T-438 de julio 1º de 1992. Con ponencia del honorable Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, indica las bases históricas de esta prohibición y señala sobre el particular lo siguiente:

“La Constitución Colombiana, atendiendo el criterio de neutralidad de las decisiones a la hora de establecer la prohibición de participar en política diferencia claramente entre aquellos funcionarios que tienen un notable poder decisorio y de afectación del interés general y de aquellos que no lo tienen. Para el primer grupo de funcionarios la Constitución establece el principio de la prohibición y para el segundo el principio de la permisión”.

Es claro entonces, que la Constitución del 91 consagra como principio general que los empleados públicos pueden participar en política y se encarga de establecer ellas mismas las excepciones a ese principio. La participación de los empleados con miras a su elección para corporaciones públicas, es un asunto que en los términos del citado artículo solo puede ser definido por la ley. Sin embargo teniendo en cuenta las consideraciones anteriores de esta misma providencia, no cabe duda que la posibilidad de intervenir en política era también permitida para los docentes incluso a la luz de la constitución anterior, respetando eso si, las limitaciones que ella y la ley contemplan.

Del honorable Consejo de Estado

El Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, en marzo de 1992 se pronunció sobre esta materia, en los siguientes términos:

“Si bien es cierto que el derecho a participar en actividades políticas fue reconocido directamente por la Constitución, su efectividad quedó condicionada a que el Congreso expida la ley que determina la forma de realizar las actividades políticas.”

“De manera que la actividad política de los empleados solamente puede cumplirse con fundamento a la nueva ley y mientras esta no sea expedida, los mismos, no pueden realizar ninguna actividad política distinta al sufragio.”

“La participación en actividades partidistas y controversias políticas de los empleados del Estado no contemplados en la prohibición de inciso 2 del artículo 127 de la Constitución Política presupone expedición previa de la ley que señale las condiciones en que pueden participar, porque así lo dispone el inciso 3 de la citada norma”.

Abstención, estímulos y voto obligatorio

Con el ambiente de la Reforma Constitucional, en 1998, en la que se busca el acuerdo y la concertación de los partidos y movimientos, además en los resultados que pueden llegar con el proceso de paz, se discute sobre el voto obligatorio como una necesidad para promover la participación ciudadana, algunos consideran que esto permitirá expresar la potestad política en las urnas y en el resultado electoral, ya existen incentivos electorales, y algunos Parlamentarios no quieren el voto obligatorio y piden que se aumenten tales incentivos y se argumenta que la abstención ha bajado desde que se crearon los estímulos a los votantes. Lo cierto es que el mismo Estado, no permite, no estimula la participación de la actividad política a un buen grupo de ciudadanos que son motivadores para un resultado electoral, y el Congreso, luego de siete años, no ha cumplido con esa función que le entregó la constitución política en el artículo 127, desde julio de 1991.

Se propone que quienes no ejerzan el derecho al voto, temporalmente, no podrán acceder a cargos públicos, siendo esto una forma de hacer el voto obligatorio; pero también se propone que en los estímulos al votante este el de ser preferido en el ingreso a cargos públicos, pero el Estado y el Congreso no permiten la motivación electoral o política por y para

quienes están en los cargos públicos o en la pretensión de estar en los cargos públicos que es mandato constitucional. El artículo 258 de la Constitución precisa que “el voto es un derecho y un deber ciudadano” y si es un deber debería ser obligatorio con sanciones y sin estímulos. Los estímulos de ley deben estar en la motivación de la actividad y controversia política sencillamente permitiendo el mandato constitucional consagrado en el artículo 127.

Todavía el Estado colombiano es el mayor empleador de todo el país, y la política constituye uno de los factores que mayor grado determina su integración; y esto obliga a que debe de existir reglamentación sobre la manera cómo los empleados públicos y trabajadores del Estado participen en política, y en sus controversias tanto a nivel nacional, como departamental y municipal. No podemos negar que la falta de estímulo en la actividad política y que la ausencia de motivación para estar en la actividad de los partidos y movimientos tengan que ver con la abstención electoral. El Congreso debe permitir la participación en las actividades de los partidos y movimientos y en las controversias políticas a los servidores públicos de la excepción del artículo 127.

A pesar de los estímulos electorales existe un alto porcentaje de abstención y la disminución en este porcentaje no obedece solo a ellos, sino también a la tendencia presidencialista y por los intereses en el desarrollo local y en gobierno local.

La actividad y la opinión política a escondidas

Los empleados no comprendidos en la excepción a la prohibición del artículo 127 de la Constitución Política de Colombia, incluido los docentes vienen haciendo política, participando en ella a escondidas, en los distintos partidos y movimientos políticos, con miedo de que la Procuraduría les tome fotos, los graben, o simplemente les prueben con testigos la asistencia a una reunión partidista. Esto no estimula ni motiva la participación en la vida política del país.

La mayoría de los empleados a quienes la Constitución les permite participar en las actividades y controversias en las condiciones que señale la ley son de carrera administrativa, y esto no implica que quienes han logrado mediante concurso el ingreso a la administración pública pierdan su sensibilidad, sentimiento e identidad política. La carrera administrativa ofrece estabilidad pero exige unos procedimientos y responsabilidades:

Ellos podrían participar abiertamente en la actividad política; igual los trabajadores oficiales. Esto es de conocimiento público, es notorio que ellos tienen partido y hacen política.

Muchos empleados en este país han llegado a estudios de posgrado y manejan con propiedad distintos temas del acontecer nacional, regional y local, pero que al expresar su opinión sobre estos hechos de manejo público tienen la calidad de empleados, están violando la ley por intervención en política; ese expresar su opinión en algún medio de comunicación local (municipal o departamental), regional o nacional para estar de acuerdo o no estarlo con la actividad o resultados de un Congresista, diputado, concejal, gobernador o alcalde, por ejemplo puede ser considerado en las investigaciones como participación en política como consecuencia recibir sanción disciplinaria o penal. La opinión de estos empleados puede ser importantísima, pero ni el municipio más pequeño ni en el país todo se pueden escuchar esas opiniones. Con este incumplimiento del Congreso sobre el artículo Constitucional citado se está violando el derecho fundamental a la opinión, a la libre expresión. Desde luego que si logramos aprovechar esta ley, esas opiniones deberán ser responsables.

Del proyecto

El artículo constitucional, que se desarrolla con esta ley, indica que los empleados no contemplados en la prohibición de tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos políticos y en las controversias políticas en las condiciones que señale la ley.

Esta ley permite a los servidores a que se hace referencia que puedan participar activamente en la actividad política local y nacional, conforme

a las normas que regulen esta actividad, pero que esta actividad se realice sin afectar los lugares de trabajo y sin entorpecer el normal funcionamiento de las dependencias y entidades. Estos funcionarios podrán actuar activamente y sin esconderse y el desarrollo local, la región y el país van a lograr mejor calidad en el debate por la cosa política; así mismo que esta expresión se logre en seminarios, conferencias, talleres, cursos, encuentros y foros, y también en los medios de opinión, información y comunicación.

Esta ley permitirá que los empleados a que se refiere la excepción a la prohibición del artículo 127 Constitucional puede aspirar a cargos de elección popular o de corporación sin el castigo de tener que retirarse para ejercer un derecho Constitucional como es de ser elegido, excepto las prohibiciones constitucionales. En esta Colombia, muchos empleados se retiran de sus cargos para no "inhabilitarse" para ser elegido como concejal, alcalde, diputado, personero, contralor municipal o departamental, y luego de pasar la elección se han quedado sin el puesto que tenían, sin el cargo a que aspiraron, con deudas y con problemas familiares por las deudas y el desempleo. No hay razón para castigar a quien quiere servir al desarrollo local y regional, o postularse para mostrar una opinión y una alternativa diferente, y se castigue a perder su empleo y su estabilidad familiar. Estas inhabilidades e incompatibilidades no han traído nada bueno, la corrupción no se ha controlado con estos castigos, ni con los impuestos por haber desempeñado un cargo público.

Y también permitirá esta ley que los servidores públicos puedan pagar un gasto de afiliación y sostenimiento de su partido o movimiento, conforme a sus estatutos, los que desde luego deben tener autorización de la autoridad competente, y que puedan pagar los costos por asistencia a actos de su partido, por ejemplo una comida, un cóctel una presentación artística, etc., o en actividades en apoyo a su partido, movimiento o candidato por ejemplo una fiesta o bingo bailable, o bonos de apoyo, sin que como lo diga el artículo 127 se utilice el empleo para respaldar una causa o campaña política. Esta participación debe ser voluntaria. La presión o exigencia sería una violación a la ley penal. Esta última constituye la excepción legal al artículo 110 de la Constitución.

Por no enseñar a los niños la ideología de nuestros partidos, el conservador y el liberal y el afiche de Laureano Gómez, Mariano Ospina, Alvaro Gómez, Misael Pastrana, Berta de Ospina, Rafael Uribe, Rafael Reyes, Enrique Olaya Herrera, Darío Echandía, Carlos Lleras, Alberto Lleras, por ejemplo los niños ven y se aprenden el afiche del "Che" o de "Mao", de Lenin o de Marx. El Congreso debe permitir la motivación política y electoral a los funcionarios que así indica el artículo 127 de la Constitución Política de Colombia.

De los honorables Congresistas,

Ciro Ramírez Pinzón.

SENADO DE LA REPUBLICA

SECRETARIA GENERAL

Tramitación de Leyes.

Santa Fe de Bogotá, D. C., 7 de septiembre de 1999.

Señor Presidente:

Con el fin de que se proceda a repartir el Proyecto de ley número 95 de 1999 Senado, *por la cual se establecen condiciones para que los servidores públicos no contemplados en la prohibición del artículo 127 de la Constitución Política de Colombia, participen en las actividades de los partidos y movimientos políticos y en controversias políticas*; me permito pasar a su despacho el expediente de la mencionada iniciativa que fue presentado en el día de hoy ante el Secretario General, la materia de que trata el mencionado proyecto de ley es competencia de la Comisión Primera Constitucional Permanente.

Secretario General honorable Senado de la República,

Manuel Enríquez Rosero.

PRESIDENCIA DEL HONORABLE SENADO
DE LA REPUBLICA

7 de septiembre de 1999

De conformidad con el informe de Secretaría General, dése por repartido el proyecto de ley de la referencia a la Comisión Primera Constitucional Permanente, para lo cual se harán las anotaciones de rigor y se enviará copia del mismo a la Imprenta Nacional con el fin de que sea publicado en la *Gaceta Legislativa del Congreso*.

Cumplase:

El Presidente del honorable Senado de la República,

Miguel Pinedo Vidal.

El Secretario General del honorable Senado de la República,

Manuel Enríquez Rosero.

* * *

PROYECTO DE LEY NUMERO 96 DE 1999 SENADO

por la cual se crean el Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal-SICE, el Catálogo Unico de Bienes y Servicios-CUBS y el Registro Unico de Precios de Referencia-RUPR de los bienes y servicios de uso común en la administración pública, y se dictan otras disposiciones.

Artículo 1°. Créase, para la vigilancia de la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejan recursos públicos, el Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal-SICE, el Catálogo Unico de Bienes y Servicios-CUBS y el Registro Unico de Precios de Referencia-RUPR, los cuales serán establecidos por el Contralor General de la República.

Artículo 2°. El Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal-SICE estará constituido por los subsistemas, métodos, principios, instrumentos y demás aspectos que garanticen el ejercicio del control fiscal de conformidad con los actos administrativos que expida el Contralor General de República.

Parágrafo. Denomínase Catálogo Unico de Bienes y Servicios-CUBS, al conjunto de códigos, identificaciones y estandarizaciones, entre otros, de los bienes y servicios de uso común que contratan las entidades estatales para garantizar la transparencia de la actividad contractual en el cumplimiento de los fines del Estado.

Artículo 3°. Los proveedores deberán registrar, en el Registro Unico de Precios de Referencia-RUPR, los precios de los bienes y servicios de uso común que estén en capacidad de ofrecer a la administración pública y a los particulares o entidades que manejan recursos públicos, en los términos que para el efecto fije el Contralor General de la República.

Parágrafo. La inscripción en el Registro Unico de Precios de Referencia-RUPR tendrá vigencia de un año. Los proponentes podrán solicitar la actualización, modificación o cancelación de los precios registrados, cada vez que lo estimen conveniente. Los precios registrados que no se actualicen o modifiquen en el término de (1) año, contado a partir de la fecha de inscripción o desde su última actualización, carecerán de vigencia y en consecuencia no serán certificados.

Artículo 4°. La Contraloría General de la República, podrá contratar, en condición de Operador, con personas naturales, o jurídicas de naturaleza pública o privada, la administración de los subsistemas o instrumentos del Sistema de Información para la Contratación Estatal-SICE, de conformidad con los métodos y principios definidos por el Contralor General de la República.

Artículo 5°. Para la ejecución de los planes de compras de las entidades estatales y la adquisición de bienes y servicios de los particulares o entidades que manejan recursos públicos, se deberán consultar el Catálogo Unico de Bienes y Servicios-CUBS y el Registro único de Precios de Referencia-RUPR de que tratan la presente ley, de acuerdo con los términos y condiciones que determine el Contralor General de la República.

Artículo 6°. La publicación de los contratos estatales ordenada por la ley deberá contener los precios unitarios y los códigos de los bienes y servicios adquiridos de conformidad con el Catálogo Único de Bienes y Servicios-CUBS.

Artículo 7°. La presente ley rige a partir de su publicación.

El Contralor General de la República,

Carlos Ossa Escobar.

EXPOSICION DE MOTIVOS

... los funcionarios públicos no pueden disponer de las rentas sin responsabilidad. No pueden gobernar a impulsos de una voluntad caprichosa, sino con sujeción a las leyes. No pueden improvisar fortunas ni entregarse al ocio y la disipación, sino consagrarse asiduamente al trabajo disponiéndose a vivir en la honrada medianía que proporciona la retribución que la ley les señala.

Benito Juárez.

Honorables Congresistas:

Varios fueron los factores que incidieron para que, a partir de la coyuntura que ofreciera la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, se decidiera cambiar el modelo de control fiscal. Entre otros, cabe destacar los problemas de organización existentes, falta de coordinación de funciones, atraso técnico, ausencia de planeación, falta de capacitación y profesionalización del recurso humano, así como persistente influencia en las decisiones de la administración. Esto, sumado a la ya conocida politización, incidió en la reforma de la Contraloría General de la República. Así, la Constitución Política asignó la vigilancia de la gestión fiscal de la administración, y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación, a la Contraloría General de la República bajo un nuevo enfoque del control fiscal, el cual ha sido desarrollado de una manera muy limitada en la Ley 42 de 1993.

A pesar de que el espíritu de la Carta Política se orientó a la eliminación de la forma tradicional de realizar las actividades involucradas en el proceso de fiscalización, el cual consistía en una confrontación numérico-legal, haciendo énfasis en la evaluación de resultados de la gestión que desarrolla la administración en cumplimiento de su cometido estatal, hoy, habiendo transcurrido casi una década de vigencia de la reforma constitucional y de la expedición de algunas leyes reglamentarias, el control fiscal presenta debilidades que impiden su efectividad dentro del sistema e influyen en la vigilancia de la gestión fiscal. Porque el papel de la Contraloría General de la República no debe estar dirigido a detectar el mayor número de irregularidades en el manejo o administración de los recursos del Estado, sino en asegurar que las entidades públicas optimicen el manejo o la administración de los mismos.

Los contratos en la administración pública

El contrato es uno de los mecanismos que la administración pública utiliza para cumplir con el cometido estatal. Por tanto, una herramienta al servicio de la administración. "El contrato del Estado no es un fin en sí mismo, no agota su causa en el equilibrio de prestaciones determinadas, sino que todo el negocio se coloca en bloque al servicio de un interés público. Este fin es el verdadero fundamento del contrato del Estado, de tal forma que cuando aquel se desconecta de éste, debe procederse a su modificación o liquidación".¹

Para el cumplimiento de los fines del Estado, es necesario el aprovisionamiento de bienes y servicios por parte de los órganos públicos mediante la contratación. Luego, el objeto de los contratos no es otro que la adquisición de bienes y servicios tendientes a lograr los fines del Estado en forma legal, armónica y eficaz. Por ello el estudio de la contratación estatal debe inscribirse en los principios que fundamentan el Estado Social de Derecho, que irradian todas las disposiciones contractuales previstas en la Constitución Política.²

Destaca la Carta Política los principales lineamientos que han de regir la función administrativa, y señala que esa función "está al servicio de los intereses generales y que ha de desarrollarse con base en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad"³. Así mismo el contexto normativo de la Ley 80 de 1993 establece que las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que requieran en cumplimiento de los fines estatales, para lo cual "los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan 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 ella en la consecución de dichos fines"⁴.

Los efectos de la corrupción

No puede existir corrompido sin corruptor. La corrupción es un problema mundial. Los países industrializados no son inmunes a las prácticas corruptas. Es por ello que recae sobre todos los ciudadanos, administración y administrados, la responsabilidad de formar parte de la solución. Sin embargo, la corrupción tiene un costo más alto en los países en desarrollo y en las economías en transición, por cuanto son los que menos pueden soportar sus consecuencias.

La corrupción impide que muchos países encaren sus problemas más graves, desalienta la inversión extranjera y nacional, agrava los problemas presupuestales puesto que priva a los gobiernos de ingresos considerables. Pero sobre todo, socava la confianza del ciudadano en las instituciones en la medida en que aumenta la pobreza y conduce al estancamiento económico porque desvía recursos que, de otra manera, podrían ser utilizados en el desarrollo socioeconómico del país.

Esta crisis debe entenderse. Hay mucho que hacer, pero todas las estrategias tienen que empezar con el compromiso de crear economías y sociedades que sean abiertas, responsables y transparentes. Esto significa comprometernos a combatir el cáncer de la corrupción. No importa cuanta inversión y comercio fluyan en el país, y no importa qué tan rápidamente crezca la economía, la estabilidad económica no puede arriesgarse en un entorno subvertido por la corrupción. Ya sea que se trate de padrinazgos entre las grandes compañías y los servidores públicos que toman decisiones o de soborno a bajo nivel de servidores públicos, la corrupción socava el imperio de la ley, estrangula el crecimiento económico y perjudica más gravemente a los pobres.

La corrupción adopta múltiples formas. *Pero, probablemente, ninguna está más extendida ni tiene un costo tan elevado como la relativa a las compras.*

Las compras de bienes y servicios que realizan las entidades públicas. La razón es simple. Sin considerar las erogaciones que se derivan de la relación laboral de los empleados estatales, las compras representan la mayor proporción del gasto público en todos los niveles del gobierno. Tanto las sumas totales como las de los contratos individuales son inmensas y ofrecen oportunidades igualmente inmensas de sobornos, comisiones y otras retribuciones. Las tentaciones son enormes y, en muchos casos, el riesgo del castigo, relativamente pequeño.

Sería un grave error pensar que la corrupción sólo se da en esos casos de gran magnitud y visibilidad. De hecho, se puede decir que éstas son las situaciones más fáciles de controlar y vigilar, siempre que exista la voluntad y los medios de hacerlo. La forma de corrupción más difícil de controlar es la que está enraizada en la cultura y afecta los sistemas de compras del Estado en toda su extensión. En cuanto a las adquisiciones de bienes, la corrupción se centra en los de uso común que se compran en grandes cantidades año tras año, como efecto de los sobre costos a que se ven sometidas las compras de bienes y servicios del Estado.

El debate en torno a quién es responsable de la corrupción en la compra en gran parte no viene al caso, ya que no existe una forma única. Com

¹ Monedero, José Ignacio. Doctrina del Contrato del Estado, Madrid 1977.

² Al respecto, véase el fallo de la Corte Constitucional, Sentencia C-449 de 1992.

³ Constitución Política, artículo 209.

⁴ Ley 80 de 1993, artículos 3° y 40.

se expresó al comienzo no existe corrompido sin corruptor. A veces la iniciativa surge del servidor público en forma de exigencias explícitas de un porcentaje concreto del precio de la oferta o de los interventores que "certifican" cantidades incorrectas o calidades que no corresponden para el pago a los contratistas.

En otros casos, el proveedor es el primero en ofrecer incentivos. En la mayoría de los casos, existe un cierto grado de complicidad entre servidor público y proveedor. Pero siempre, el contribuyente y el público en general son los que pierden. Un acontecimiento positivo sería que se adoptaran importantes medidas para dejar bien sentado que la corrupción no es parte aceptable del proceso de compras del sector público.

Un buen sistema de compras de bienes y servicios por parte de las entidades públicas tiene que ser capaz de proporcionar toda la información relacionada con los bienes y servicios que necesita el Estado en el desempeño de sus funciones *de manera oportuna y a precios justos*, es decir, debe ser económico, eficiente y equitativo tanto para la entidad pública como para el proveedor.

Los gastos del sector público

Cada vez es más difícil la situación de las finanzas consolidadas del sector público. Al terminar diciembre de 1998 se registró un déficit de operaciones efectivas de caja por \$5.1 billones, equivalente al 4.0% del PIB. Los ingresos corrientes fueron muy escasos y no alcanzaron para cubrir el elevado monto de compromisos asumidos por el gobierno tanto nacional como departamental y municipal.

Hasta mayo de 1999 la situación no ha mejorado, y de acuerdo con la información y los cálculos realizados por la CGR, no se vislumbra un cambio en el corto plazo, al contrario, al finalizar el año el déficit y el desahorro del gobierno serán peores que 1998. En este sentido, es necesario vigilar muy de cerca la administración de los escasos recursos que posee el sector público, lo cual se logra a través del adecuado control al presupuesto y que por mandato constitucional y legal debe ejercer la CGR.

La opinión generalizada en el país es la ausencia de un control efectivo al manejo de los bienes de la Nación. El hecho que el control al presupuesto haya tenido poca efectividad, ha ocasionado costos para la administración del Estado, resultado del entramamiento de la gestión y de la situación que genera una inversión en personal y equipos que reducen bajos beneficios a la sociedad, que es la fuente depositaria de la razón de ser del presupuesto público.

La Constitución Nacional encargó a la CGR cumplir una misión específica "ejercer en representación de la comunidad, la vigilancia de la gestión fiscal y la evaluación de los resultados obtenidos por las diferentes entidades del Estado con fundamento en la correcta, eficiente, eficaz y equitativa administración del patrimonio público, de los recursos naturales y del medio ambiente". La CGR realiza la vigilancia fiscal a dos niveles: el macroeconómico, que comprende en forma global las finanzas del Estado, y el microeconómico, relacionado con la actividad específica de las diferentes entidades. En ambos niveles el control al presupuesto juega un rol muy importante.

La ejecución del presupuesto de gastos genera una serie de transacciones que colocan al Estado como el principal comprador de bienes producidos tanto por el mismo como por el sector privado. Según los cálculos de la CGR, algo más del 40% del gasto del sector público es contratado para la adquisición de bienes, y que necesita de un seguimiento riguroso que garantice que los dineros públicos no se están dilapidando.

El mayor contratista se encuentra en las empresas industriales y comerciales de Estado de la Nación y en las territoriales (ver cuadro anexo). Es importante tener en cuenta que el descuadre entre la misión de recaudar y gastar sin una adecuada transparencia en sus transacciones da lugar al despilfarro del erario público y a una baja eficiencia del gasto público.

La CGR consciente de su responsabilidad como órgano fiscalizador y vigilante del buen empleo de los recursos financieros del Estado,

y para coadyuvar al esfuerzo de reducir la corrupción en la gestión administrativa, no escatima esfuerzos para llegar a un óptimo resultado en su gestión. A manera de ejemplo, una vigilancia a los precios de los diferentes bienes evitarían sobre costos y por qué no, una disminución del déficit fiscal. Se supone que una disminución de la inflación, debe disminuir el costo de los bienes, y por consiguiente disminuir los gastos y los pagos, y el déficit fiscal.

Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal-SICE

La situación económica del país y los permanentes reclamos de la ciudadanía, han llevado a la Contraloría General de la República, en su condición de garante de la sociedad en el buen uso y manejo de sus recursos públicos, a liderar la creación de un mecanismo idóneo, ágil y de pronta consulta que permita determinar la correcta aplicación de los principios de la contratación estatal para que los dineros públicos se optimicen en beneficio de la comunidad a la cual sirve el Estado.

Como consecuencia de la apertura de espacios a la participación ciudadana, manifiesta a través de una mayor intervención de la comunidad en los asuntos públicos, los Organos de Control Fiscal se ven urgidos de respuestas oportunas a las múltiples inquietudes que se plantean y por consiguiente deben ser absueltas en el menor tiempo, lo que implica disponer de un mecanismo expedito de información, dotado de la más moderna metodología y tecnología que le permita precisar y concretar dichas solicitudes.

La propuesta de conformar el Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal - SICE ha venido siendo liderado por la Contraloría General con miras a consolidar una estrategia que permita utilizar herramientas novedosas, las cuales propenden por una mejor administración de los mecanismos de control del Estado.

Una de ellas es la de poner en marcha una Central de Información para la Contratación Estatal, dentro de la cual se encuentre el mecanismo de Precios de Referencia, que permita conocer de manera oportuna y transparente la información relacionada con los precios de bienes y servicios que los proveedores están en capacidad de suministrarle a las entidades públicas.

El propósito fundamental del sistema es asegurar que las adquisiciones que realice el Estado se encuentren en un nivel de razonabilidad con los precios de referencia que posee el SICE, garantizando una contratación sin detrimento de sus recursos.

Un sistema concebido de esta forma y orientado fundamentalmente a la contratación estatal tiene incidencia afirmativa sobre varios aspectos inherentes a la función de la CGR:

- Garantizar el ejercicio del control fiscal.
- Facilitar los procesos de preparación del Presupuesto General de la Nación.
- La rendición de cuentas por parte del Estado, y
- Facilitar el Control Social.

La práctica en otros países indica que limitar el control al precio no cubre toda la problemática⁵. Por esta razón, el SICE también contempla un ambicioso plan de modernización tecnológica que cubre todas las áreas de la CGR, redefiniendo la práctica de la auditoría actual, rediseñando estrategias más acordes con los sistemas de control integrados y participativos para todos los sectores.

El principio técnico del proyecto consiste en obtener y mantener un Catálogo Único de Precios de Referencia para los bienes y servicios de uso común del Estado. Los dos elementos básicos del Catálogo serán los códigos de los bienes y servicios que serán suministrados por los entes competentes, y los precios suministrados libremente por los proveedores que tienen la intención de contratar con el Estado.

⁵ Sindicatura General de la Nación, Argentina.

La mecánica del proyecto consiste en ofrecer, por medio de un agente u operador, señalado por el Estado, el servicio de registro de precios a los particulares, y la consulta de precios registrados a las entidades del Estado que desean realizar una compra o al ciudadano que desee consultarla.

Desde el punto de vista técnico, la posibilidad de consultarla en forma previa a la oferta que exista sobre un producto en particular, permitirá a las entidades adecuar de una manera muy racional los planes de compras, y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público contar con una base presupuestal realista y fundada en los precios reflejados por el mercado, y no por referencias de contrataciones anteriores, que año tras año han sido expuestas a las distorsiones de la contratación actual.

Para el control que vienen realizando tanto las entidades fiscalizadoras como los particulares, es sin duda una excelente referencia con la cual se puede detectar oportunamente todas aquellas adquisiciones que se realicen con sobrecostos a los precios que los mismos proveedores inscribieron inicialmente.

Adicionalmente, en cooperación con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la Imprenta Nacional y la DIAN, se podrán llevar a cabo cruces de información para conciliar qué entidad compró, a qué proveedor acudió, y cuáles fueron los valores de oferta y de compra final. Con esta valiosa información los entes de control mejorarán los instrumentos de control y gestión y les permitirá detectar los focos donde se realizan transacciones fuera de los parámetros establecidos por el mercado en general.

La creación de indicadores y procesos automáticos que comparen la información suministrada por los mismos proveedores frente a la realidad de las adquisiciones del Estado, permitirán una mejor orientación de las tareas de auditoría que la CGR realiza, otorgándole un espacio adicional al funcionario para que profundice en aquellos procesos significativos donde existan indicios de conductas delictivas.

Con la finalidad de estructurar el mecanismo que se ha expuesto, es necesario la creación del Registro único de Precios de Referencia-RUPR con el objeto de inscribir los precios de los bienes y servicios de uso más frecuente en las entidades del Estado.

Por la naturaleza del instrumento propuesto, éste tendrá el carácter de público para que cualquier persona, o los órganos de control del Estado, las entidades públicas y las empresas privadas, puedan solicitar la expedición de certificaciones sobre las inscripciones y conocer los precios de los bienes y servicios que se ofrecen. De esta manera se convierte en guía obligatoria de permanente consulta para las entidades públicas en la contratación de bienes y servicios que en lo sucesivo realicen.

A las entidades estatales se les establece la obligación de ejecutar el Plan de Compras atendiendo el Catálogo Único de Bienes y Servicios así como el Registro Único de Precios de Referencia, especificando los bienes y servicios a adquirir y las respectivas modalidades de contratación, con el fin de hacer conocer de los oferentes en forma anticipada, las necesidades requeridas para el período fiscal correspondiente. De esta manera se estimulará una más amplia participación de quienes tengan interés de colaborar con los fines del Estado.

Para preservar la pureza del Registro Único de Precios de Referencia-RUPR, se consagran sanciones tanto para el servidor público que lo incumpla como para las personas naturales o jurídicas que lo violen, que van desde la sanción disciplinaria para los primeros como inhabilidades para los últimos.

Como organismo encargado del Registro, se escogerá un operador del domicilio principal del proveedor de bienes y servicios con la infraestructura suficiente para aplicarlo y desarrollarlo, así como experiencia en el manejo de sistemas similares, tales como el Registro Único de Proponentes y el Registro Mercantil.

Estoy convencido que con las características del Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal que se presenta en este proyecto de ley se podrá lograr la eficacia empresarial, la transparencia del proceso contractual y, por consiguiente, un arma efectiva para combatir la corrupción que hoy corroe la estructura del Estado.

Cordialmente,

Carlos Ossa Escobar,
Contralor General de la República.

Cuadro Anexo.
ESTIMACION DE LOS MONTOS DEL PRESUPUESTO DE GASTOS DEL SECTOR
PÚBLICO, SUSCEPTIBLES DE CONTRATACION

Conceptos	(millones \$) (1)	% contratacion Estimado (2)	(millones \$) (1)x(2)
Ejecución de las apropiaciones de gastos del presupuesto general de la Nación 1998			
Total	35.109.213	26.7	9.377.806
Inversión	6.826.178	80	5.460.942
Gastos de personal	41.748.646	0	0
Gastos generales	1.413.459	70	989.421
Transferencias	12.137.382	22	2.670.224
Operación comercial	257.218	100	257.218
Servicio de la deuda	9.726.330	0	0
Ejecución de las apropiaciones de gastos de Empresas Industriales y Comerciales Nacionales 1998			
Total	19.246.045	48.1	9.250.118
Inversión	41.177.317	80	3.341.854
Gastos de personal	11.282.303	10	128.230
Gastos generales	2.599.479	80	2.079.583
Transferencias	6.340.281	0	0
Operación comercial	3.700.451	100	3.700.451
Servicio de la deuda	111.461.214	0	0

Conceptos	(millones \$) (1)	% contratacion Estimado (2)	(millones \$) (1)x(2)
Ejecución de las apropiaciones de gastos de los gobiernos locales 1998 (departamental y municipal con su sector central y descentralizado)			
Total	18.493.579	44.0	8.137.998
Inversión	8.632.725	70	6.042.908
Gastos de personal	3.369.907	10	336.991
Gastos generales	1.707.584	70	1.195.309
Transferencias	1.639.162	0	0
Operación comercial	562.791	100	562.791
Servicio de la deuda	2.581.410	0	0

Fuente: Cálculos de la Contraloría General de la República.

SISTEMA DE INFORMACION PARA
LA CONTRATACION ESTATAL
SICE

Antecedentes

Estudios recientes sobre la contratación pública con el Estado colombiano han demostrado que los sobrepuestos en la misma han dejado atrás el nivel del 10 o 15%, para pasar a niveles que, en promedio, se estiman en el 50%. Incluso, en auditorías realizadas por la Contraloría General de la República se han encontrado sobrepuestos de cuatro veces el precio del mercado.

Pero no son solamente los sobrepuestos una de las formas más comunes de la corrupción. Desde el punto de vista de la gestión del control se ha generado lo que podríamos denominar como la “confiscación del control por parte de los intereses políticos”. Casos demostrativos recientes son los de la Caja Agraria y el Distrito Turístico de Cartagena. Esta es una práctica que derivó, además, en el “engavetamiento” de muchos e importantes procesos.

Esta situación y los permanentes reclamos de la ciudadanía, han llevado a la Contraloría General de la República, en su condición de garante de la sociedad en el buen uso y manejo de sus recursos públicos, a liderar la creación de un mecanismo idóneo, ágil y de pronta consulta que permita determinar la correcta aplicación de los principios de la contratación estatal para que los dineros públicos se optimicen en beneficio de la comunidad a la cual sirve el Estado, y le devuelve a la Contraloría General de la República una efectiva capacidad de vigilancia y control fiscal y de gestión del Estado.

Descripción

El Sistema de Información de la Contratación Estatal, SICE, es un instrumento para mejorar la calidad de la contratación pública. Tiene como objeto fundamental agrupar, bajo el concepto de “Sistema”, toda la Información inherente al proceso de Contratación Estatal en el país, lo que permite plantear una estrategia inteligente de lectura e interpretación real de los procesos y actores públicos y privados, que le garantice a la CGR mejorar su calidad de control¹.

El SICE lo conforman cuatro pilares básicos:

1. **La Oferta**, representada por los proveedores que registran los precios de sus productos en una central de precios y que de esta manera ofertan en forma exacta el valor específico de cada producto, lo que incide en una mayor competitividad y en una mejor elección de precios de compra que favorecerá significativamente la racionalización de los presupuestos de compra del Estado. La Central de Precios tiene tres funciones:

¹ Este sistema hace parte de una estrategia integral de cambio y fortalecimiento institucional que le facilitará a la CGR tanto los procesos internos de control, como también mejorar el control externo de las entidades vigiladas.

- 1. Consolidar los precios de registro ofertados por el sector privado.
- 2. Procesar y Producir el umbral de precios aportando el mínimo, medio y máximo de los precios registrados con vigencia de un año, para ser consultados sector público y privado, y
- 3. Mantener actualizado mediante convenio con los operadores de registro los precios de oferta de los proveedores.

2. **El control**, mediante el cual la CGR podrá cotejar con la Imprenta Nacional los contratos registrados frente a los precios de referencia del sistema, permitiendo establecer rápidamente distorsiones entre ambos, convirtiéndose en un disparador oportuno de auditorías las cuales así serán mejor focalizadas. El Control que involucra a otras Entidades que suministran información como el caso ya mencionado de la Imprenta Nacional, donde se obtiene la información sobre la contratación realizada por el Estado. Igualmente, se relaciona de manera integral con los proyectos estratégicos de la CGR, y es pieza fundamental del Plan Estratégico de la Entidad, pues interactúa con los sistemas de control SIICF en la construcción del mapa de riesgo en la planeación y ejecución de las actuaciones, SIRI y SINAI para contribuir en la definición de los indicadores de riesgo de los sujetos de control, SIIF ejecución presupuestal de los contratos. Aporta información al SIGA para operar dentro de los parámetros de calidad fijados por la CGR, con SINACOF, SINOR y SIGED entregando y tomando la información que se genera en el SICE.

3. **El control inteligente**, que se define como la reunión en una gran base de datos, cruza la información de los bienes y servicios que compra el Estado, con las cantidades, precios, proveedores quién los produce, quién los vende, y la frecuencia de las operaciones.

En resumen, con el **Control Inteligente** se pueden interpretar innumerables variables que el sistema provee: En función de la demanda, los porcentajes de la contratación que esté realizando una entidad con procedimientos no adecuados y recurrentes. La determinación de mapas de riesgo mediante la identificación de indicadores que interpretados en relación con lo anterior convierten a dichas entidades en sujetos inmediatos del control fiscal. En función de la oferta porque permitirá definir umbrales de precios entre precios registrados, precios contratados y precios de referencia, tanto a nivel nacional, regional y local. Y, en función del control porque permitirá identificar proveedores que contraten recurrentemente con el Estado, lo que dejará evaluar su comportamiento entre precios referenciados y precios contratados generando un insumo invaluable para la DIAN, ayudará a definir la capacidad residual de contratación con el Estado del sector privado.

Estado del proyecto

El principio técnico del proyecto consiste en obtener y mantener un Catálogo Único de Precios de Referencia para los bienes y servicios de uso común del Estado. Los códigos de los bienes y servicios que serán suministrados por los entes competentes, y los precios suministrados

libremente por los proveedores que tienen la intención de contratar con el Estado, son los dos elementos básicos del Catálogo.

Esto implica, primera instancia, identificar los Bienes y Servicios de compra común del Estado, los cuales requieren ser identificados en forma plena e inequívoca. En consecuencia, el objeto del CUBS² es catalogar estos bienes y servicios otorgándoles un código particular, lo que implica desarrollar tres procesos interrelacionados:

1. Identificar, en relación con las funciones que cumplen las diferentes entidades del Estado, aquellos bienes y servicios que compran comúnmente para el cumplimiento de su misión constitucional. Esto nos permitirá conocer el CUBS de compra común del Estado.

2. Estandarizar, es decir agrupar estos bienes y servicios de acuerdo con tres criterios principales:

- a) Especificaciones técnicas;
- b) Características físicoquímicas;
- c) Calidades, y

3. Codificar, es decir el resultado de 1+2 con el fin de darle a todos los bienes y servicios que el Estado compra un código único de identificación que nos sirva de base para tener un catálogo sectorizado que se convertirá en un instrumento transversal que permitirá hacer una lectura inteligente de toda la información.

La mecánica del proyecto consiste en ofrecer, por medio de un agente u operador, señalado por el Estado, el servicio de registro de precios a los particulares, y la consulta de precios registrados a las entidades del Estado que desean realizar una compra o al ciudadano que desee consultarla.

Los Agentes u Operadores de Registro tendrán en el CUBS un instrumento fundamental para realizar su función. Estas funciones están relacionadas con:

1. De acuerdo con el CUBS facilitar la identificación del código de cada producto.

2. De acuerdo a la región donde esté ubicado, facilitar su identificación geográfica.

3. Permitirle a cada proveedor la identificación en el sistema por medio del NIT y el registro mercantil.

4. Facilitarle al proveedor el registro de sus precios.

5. Como consecuencia de todo el proceso, garantizarle al proveedor la obtención del certificado de registro de sus precios que lo habilita para participar en el proceso de contratación del Estado.

Con el SICE la CGR implanta un mecanismo de transparencia en el proceso de contratación con el Estado que garantiza, a todos los interesados, el acceso oportuno a la información relacionada con dicha contratación.

Conclusión

Tal como se desprende de lo anterior, el SICE es un sistema concebido y orientado fundamentalmente para mejorar la contratación estatal de tal manera que las adquisiciones que realice el Estado se encuentren en un nivel de razonabilidad con los precios de referencia que posee el SICE, garantizando una contratación sin detrimento de sus recursos. Los aspectos que toca en relación con la función de la CGR se resumen en los siguientes puntos:

- Garantizar el ejercicio del control fiscal.
- Facilitar los procesos de preparación del Presupuesto General de la Nación
- La rendición de cuentas por parte del Estado, y
- Facilitar el Control Social.

² La elaboración del CUBS comprende fundamentalmente cuatro fases: 1) FASE La CGR en convenio con el DANE proveerá un catálogo con la información codificada de los bienes y servicios de compra común del Estado 2) FASE El CUBS le otorga una carta de identidad a todo bien y/o servicio que compra el Estado, convirtiéndolo en el denominador común de los 4 sub-sistemas del SICE. 3) FASE La CGR presentará este catálogo a los proveedores para que ellos registren allí los precios de venta de sus productos acordes con la codificación de este catálogo 4) FASE La CGR a través de convenios interadministrativos mantendrá actualizado el CUBS incorporando los nuevos bienes y servicios.

• Desde el punto de vista técnico, la posibilidad de consultarla en forma previa a la oferta que exista sobre un producto en particular, permitirá a las entidades adecuar de una manera muy racional los planes de compras, y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público contar con una base presupuestal realista y fundada en los precios reflejados por el mercado, y no por referencias de contrataciones anteriores, que año tras año han sido expuestas a las distorsiones de la contratación actual.

• Para el control que vienen realizando tanto las entidades fiscalizadoras como los particulares, es sin duda una excelente referencia con la cual se puede detectar oportunamente todas aquellas adquisiciones que se realicen con sobrecostos a los precios que los mismos proveedores inscribieron inicialmente.

• Con el establecimiento de condiciones que aseguren igualdad de competencia, el Estado colombiano obtendrá una disminución real del gasto público. En Argentina, con el programa "Precios Testigo", la reducción real llegó hasta un 32% de las compras del Estado. De obtenerse igual éxito, la reducción le representaría a Colombia más 5.6 billones de pesos, producto de aplicar este porcentaje a los 26 billones de pesos que suman las compras del Estado colombiano en un año. Esto quiere decir que el SICE podría ahorrarle al país el equivalente a dos y media reformas tributarias.

• Finalmente hay que resaltar que este sistema posibilitará además, un mejor ordenamiento en la planeación presupuestal, lo cual, de suyo trae enormes ventajas a todo el Estado colombiano, y, lo que es fundamental, permite la transformación que está induciendo la CGR para reducir realmente los índices de corrupción.

SENADO DE LA REPUBLICA

SECRETARIA GENERAL

Tramitación de leyes

Santa Fe de Bogotá, D. C., 8 de septiembre de 1999

Señor Presidente

Con el fin de que se proceda a repartir el Proyecto de ley número 96 de 1999 Senado, *por la cual se crea el Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE, el Catálogo Unico de Bienes y Servicios, CUBS y el Registro Unico de Precios de Referencia, RUPR, de los bienes y servicios de uso común en la administración pública, y se dictan otras disposiciones*, me permito pasar a su Despacho el expediente de la mencionada iniciativa que fue presentada en el día de hoy ante Secretaría General. La materia de que trata el mencionado proyecto de ley es competencia de la Comisión Cuarta Constitucional Permanente.

El Secretario General honorable Senado de la República,

Manuel Enríquez Rosero.

PRESIDENCIA DEL HONORABLE SENADO DE LA REPUBLICA

Santa Fe de Bogotá, D. C., 8 de septiembre de 1999

De conformidad con el informe de Secretaría General, dése por repartido el proyecto de ley de la referencia a la Comisión Cuarta Constitucional Permanente, para lo cual se harán las anotaciones de rigor y se enviará copia del mismo a la Imprenta Nacional con el fin de que sea publicado en la *Gaceta Legislativa del Congreso*.

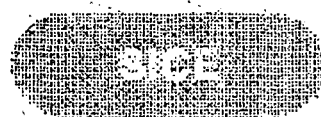
Cúmplase.

El Presidente,

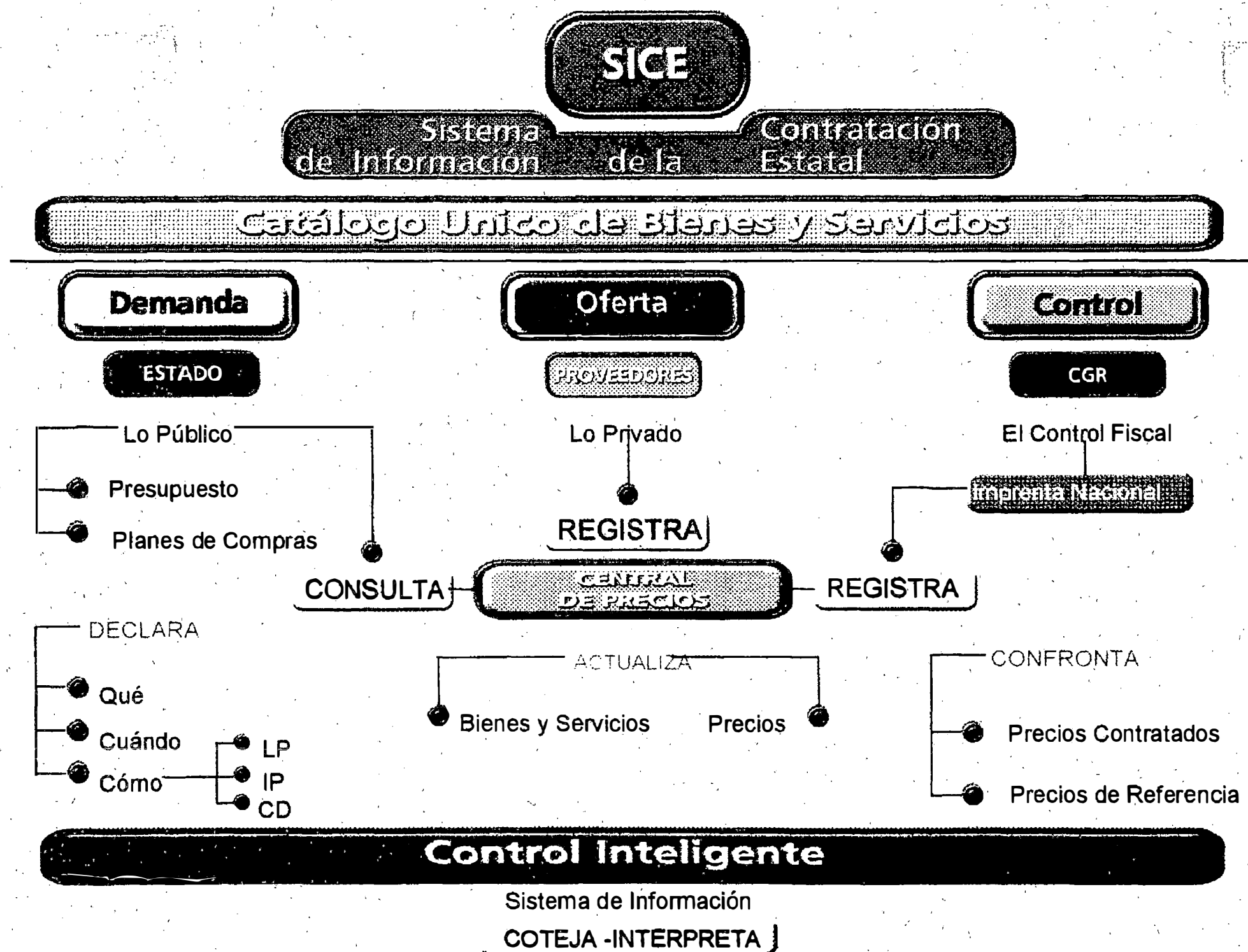
El Secretario General,

Miguel Pinedo Vidal.

Manuel Enríquez Rosero.

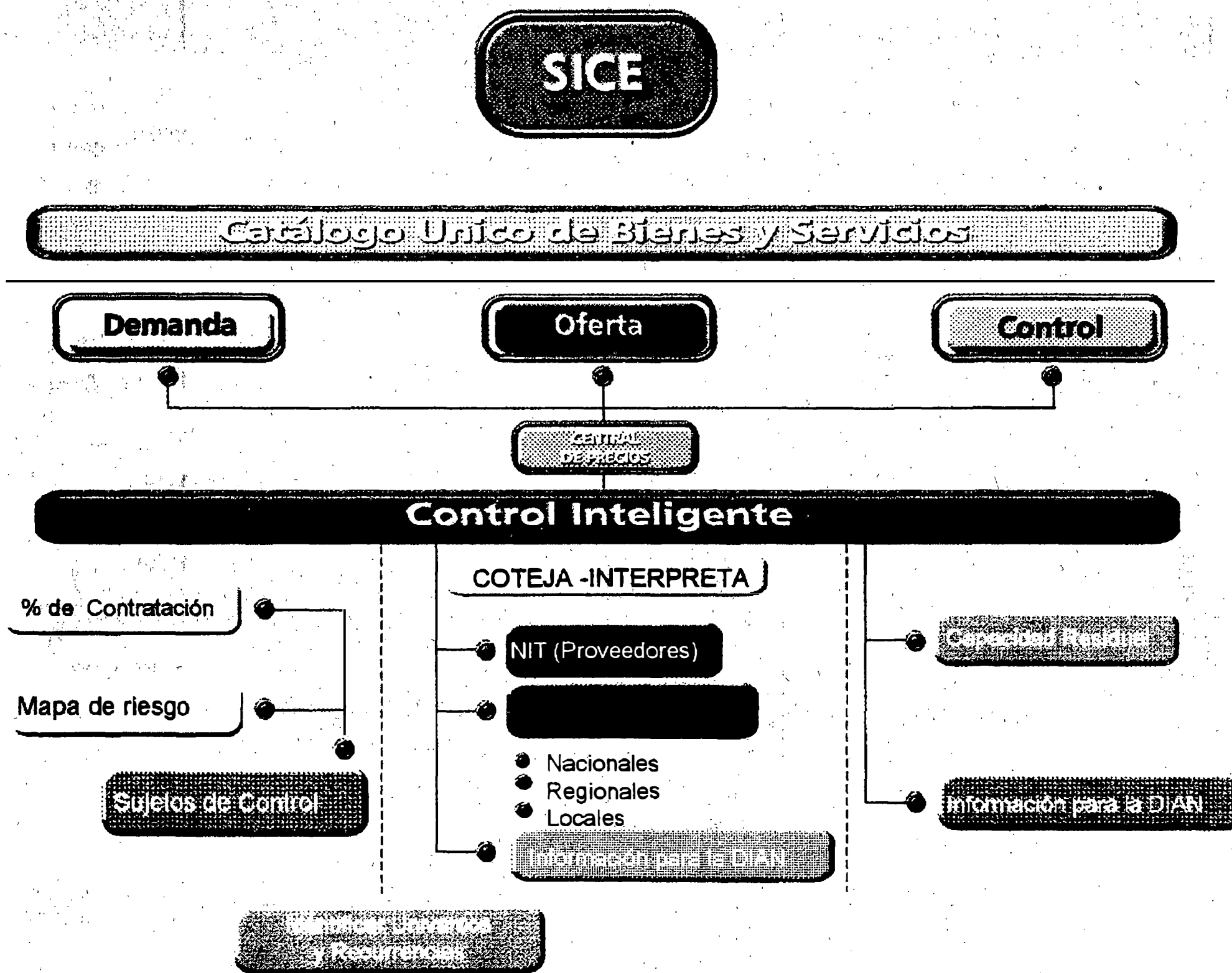


Sistema de Información de la Contratación Estatal



SICE

Sistema de Información de la Contratación Estatal



CUADRO DE BIENES Y SERVICIOS

GENÉRICO

ESPECIFICACIONES

COMUNES

● Mesa

● Lápiz

● Papel

● Madera

● Cuadrada

● 1x1

● Metal

● Vidrio

● Formica

● etc.

1999

ESPECÍFICAS

● Armamento

● Disolventes

● Fertilizantes

● Revolver

● Cal. 32

● Tambor
de 6

● Pistola

● Fusil

● Ametralladora

70%

100%

PROYECTO DE LEY NUMERO 97 DE 1999 SENADO

por la cual se protegen y reconocen derechos a las mujeres y hombres bisexuales y homosexuales.

El Congreso de la República de Colombia

DECRETA:

Artículo 1°. Toda persona tendrá derecho a asumir libremente su condición sexual ante la sociedad. El Estado y la sociedad no podrán realizar intromisiones indebidas en la vida del titular de este derecho. Ninguna persona podrá ser objeto de discriminación, hostigamiento o señalamiento social en razón a su orientación e identidad sexual. El Estado colombiano garantizará la igualdad de derechos, oportunidades y libertades a las mujeres y hombres bisexuales, heterosexuales y homosexuales.

Artículo 2°. Adiciónese el artículo 66 del Decreto-ley 100 de 1980 con el siguiente numeral:

16. "Ejecutarse el hecho por causas originadas en la intolerancia por las diferencias en razón de la orientación e identidad sexual asumidas por el sujeto pasivo."

Artículo 3°. El Estado colombiano garantizará el derecho de las personas homosexuales a hacer una comunidad de vida permanente y singular, sin que ésta constituya unión marital de hecho.

Artículo 4°. En la comunidad de vida permanente y singular constituida por homosexuales se presume la existencia de una sociedad patrimonial y hay lugar a declararla judicialmente.

Parágrafo. A la sociedad patrimonial de hecho entre personas homosexuales se le aplicarán las normas contenidas en la Ley 54 de diciembre 28 de 1990.

Artículo 5°. Podrá pactarse un régimen de comunidad de bienes en diferente forma de la contemplada en el artículo anterior a los homosexuales, los cuales tendrán vigencia a partir del momento en que surja la sociedad patrimonial.

Artículo 6°. Modifíquese el numeral 1° del artículo 411 del Código Civil, así:

"1. Al cónyuge, compañero o compañera permanente, o al (o la) homosexual que tenga sociedad patrimonial de hecho vigente."

Artículo 7°. Las personas descritas en los artículos anteriores tendrán vocación hereditaria, en igualdad de derechos y condiciones a los que le habrían de pertenecer al cónyuge.

Artículo 8°. Modifíquese el literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, así:

a) En forma vitalicia, el cónyuge, la compañera o compañero permanente supérstite, o el (o la) homosexual supérstite con sociedad patrimonial vigente.

En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge, la compañera o compañero permanente supérstite, o el (o la) homosexual supérstite con sociedad patrimonial vigente, deberá acreditar que estuvo haciendo comunidad de vida permanente y singular con el causante, por lo menos desde el momento en que éste cumplió con los requisitos para tener derecho a una pensión de vejez o invalidez, y hasta la muerte, y haya convivido con el fallecido no menos de dos (2) años continuos con anterioridad a su muerte, salvo que haya procreado uno o más hijos con el pensionado fallecido cuando se trate de cónyuge o compañero permanente supérstite.

Artículo 9°. Modifíquese el literal a) del artículo 74 de la Ley 100 de 1993, así:

a) En forma vitalicia, el cónyuge, la compañera o compañero permanente supérstite, o el (o la) homosexual supérstite con sociedad patrimonial vigente.

En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge, la compañera o compañero permanente supérstite, o el (o la) homosexual supérstite con sociedad patrimonial vigente, deberá acreditar que estuvo haciendo comunidad de vida permanente y singular con el causante, por lo menos desde el momento en que éste cumplió con los requisitos para tener derecho a una pensión de vejez o invalidez, y hasta la muerte, y haya convivido con el fallecido no menos de dos (2) años continuos con anterioridad a su muerte, salvo que haya procreado uno o más hijos con el Pensionado fallecido cuando se trate de cónyuge o compañero permanente supérstite.

Artículo 10. Modifíquese el inciso 1° del artículo 163 de la Ley 100 de 1993, así:

La cobertura familiar. El Plan Obligatorio de Salud tendrá cobertura familiar. Para estos efectos, serán beneficiarios del sistema el (o la) cónyuge, el (o la) homosexual con sociedad patrimonial vigente, o el (o la) compañera permanente, del afiliado cuya unión sea superior a dos (2) años; los hijos menores de dieciocho (18) años de cualquiera de los cónyuges, que hagan parte del núcleo familiar y que dependan económicamente de éste; los hijos mayores de dieciocho (18) años con incapacidad permanente o aquellos que tengan menos de veinticinco años, sean estudiantes con dedicación exclusiva y dependan económicamente del afiliado. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, o el (o la) homosexual con sociedad patrimonial vigente, e hijos con derecho, la cobertura familiar podrá extenderse a los padres del afiliado no pensionados que dependan económicamente de éste.

Artículo 11. Para todo régimen especial en materia de seguridad social, que consagre derechos a favor de cónyuges y/o compañeros permanentes, el Estado garantizará los mismos derechos en igualdad de condiciones, a los (o las) homosexuales con sociedad patrimonial vigente.

Artículo 12. Las intervenciones quirúrgicas de cambio de sexo, serán cubiertas por el plan obligatorio de salud.

Artículo 13. El Estado garantizará la libertad de asociación y agremiación entre homosexuales.

Artículo 14. El Ministerio de Educación Nacional deberá eliminar de los textos escolares todos aquellos contenidos que encierren nociones de discriminación sexual y reforzará las cátedras de educación sexual con información clara y objetiva sobre el tema de la orientación e identidad sexual.

Artículo 15. La presente ley rige a partir de la fecha de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.

Margarita Londoño Vélez.

EXPOSICION DE MOTIVOS

En un Estado social de derecho como el colombiano los derechos fundamentales de las personas no deben estar condicionados al manejo de su privacidad y a la forma como éstas eligen su propio estilo de vida, su pareja o la forma muy personal de amar.

La Constitución de 1991 se puso a tono con las nuevas tendencias mundiales y consagró en sus más destacados artículos el Principio de Igualdad a que tienen derecho todos los colombianos quienes gozarán de las mismas libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. (Artículo 13).

Por lo que se desprende que todas las personas somos iguales ante la ley y las autoridades y nadie podrá ser objeto de discriminación en razón de que su orientación sexual no sea la misma que adopta la mayoría de la población. Con base en este principio de Igualdad consagrado en la Carta como derecho constitucional fundamental de toda persona humana, no hay título jurídico que permita discriminar a un bisexual, homosexual o lesbiana porque adoptan una conducta sexual diferente de la heterosexual.

Otro principio fundamental que consagra la Constitución es el derecho a la honra (artículo 21) entendido como el concepto objetivo externo que se tiene de nosotros por parte de los otros y que tiene una esfera social amplia, trascendiendo a un círculo grande de personas y su radio de acción y conocimiento es proporcional a la ascendencia que la persona tiene en la sociedad. Por ello, este derecho personalísimo es el resultado de la valoración individual que en la sociedad se han formado de la persona respecto de los actos y ejecuciones que por ser acordes con la ley brindan la certeza que quien así se comporta deberá contar con la aceptación general de los demás.

Las personas con orientación sexual diferente de la heterosexual por el hecho de que su comportamiento o expresión sexual no sea igual a la que adopta la mayoría de la sociedad no justifica que sean sometidos a hostigamiento y señalamiento social. Existe hacia ellos un interés jurídicamente protegido siempre y cuando que su orientación no lesione o afecte los intereses de otras personas ni de la sociedad en general.

De igual manera, el derecho a la intimidad (artículo 15) tiene tratamiento especial en nuestra Constitución, debido a que en la vida del ser humano hay actos públicos y privados, siendo estos últimos restringidos a la órbita familiar por el solo hecho que sólo interesan a quienes integran esta célula social y su conocimiento no importa o está vedado a los demás miembros de la sociedad. La privacidad así concebida relacionada con la privacidad íntima y por lo tanto lejos de la curiosidad ajena por tanto se debe cuidar como un verdadero secreto personal o familiar para que no traspase la barrera de la órbita que por seguridad individual o familiar se ha asignado.

Por otro lado, el derecho al libre desarrollo de la personalidad tiene como fundamento el principio de la libertad que permite a los seres humanos realizar todos sus actos sin más limitantes que las que imponen los derechos de los demás y el ordenamiento jurídico el cual todos tenemos el deber de acatar. Vivir en comunidad y experimentar la sensación de ser iguales y libres constitucionalmente frente a los demás, incluye también la posibilidad de actuar y sentir de una manera diferente, en lo que concierne a las aspiraciones y a la autodeterminación personal. La potestad de cada quien para fijar esas opciones de vida de conformidad con las propias elecciones y anhelos, sin desconocer con ello los derechos de los demás y el ordenamiento jurídico existente, es lo que llamamos el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Este derecho, protegido constitucionalmente y ligado sin duda alguna a los factores más internos de las personas y a su dignidad, se manifiesta singularmente en la definición consciente y responsable que cada persona puede hacer frente a sus propias opciones de vida y a su plan como ser humano, y colectivamente, en la pretensión de respeto de esas decisiones por parte de los demás miembros de la sociedad. Por consiguiente, constituye una violación a este derecho, "cualquier vulneración que le impida a una persona alcanzar o perseguir aspiraciones legítimas de su vida y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia" (1).

Ahora bien, la Corte Constitucional ha señalado con claridad que, al interpretar este Artículo constitucional, se debe hacer énfasis en la palabra "libre", más que en la expresión "desarrollo de la personalidad", pues esta norma no establece que existen determinados modelos de personalidad que son admisibles y otros que se encuentran excluidos por el ordenamiento, sino que esa disposición señala "que corresponde a la

propia persona optar por su plan de vida y desarrollar su personalidad conforme a sus intereses, deseos y convicciones, siempre y cuando no afecte derechos de terceros, ni vulnere el orden constitucional". (Sentencia C-309/97. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Fundamento Jurídico número 7).

En el desarrollo de nuestra Constitución las leyes expedidas para garantizar el libre ejercicio de los Derechos Fundamentales, no han sido más que el simple enunciado normativo sin trascender la realidad social donde las injusticias, la restricción de la libertad y la discriminación a muchos niveles son un problema perpetuado a través del tiempo. De igual forma estas leyes se encuentran rezagadas frente al conocimiento y el avance científico, como acontece con la discriminación basada en la orientación sexual generadora de exclusión, marginamiento y prejuicios generalizados.

Esta situación resulta más intolerable y violatoria de la igualdad si se tiene en cuenta que un trato distinto fundado en la diferente orientación sexual rara vez cumple algún propósito constitucionalmente relevante, por cuanto la preferencia sexual no sólo es un asunto íntimo que sólo concierne a la persona, sino que además, no se encuentra casi nunca relacionada con las capacidades que el individuo debe tener para adelantar un trabajo o cumplir una determinada función.

Por lo tanto, es un deber del Estado amparar los derechos de las personas, ampliar el alcance de nuestra Carta Magna, modernizar las políticas y legislar en contra de todo tipo de discriminación e iniquidad, así como actualizar la igualdad de derechos y la protección a la libertad y dignidad de los hombres y las mujeres a partir del reconocimiento y respeto de su orientación sexual.

La ignorancia y la falta de educación sexual han originado interpretaciones erróneas, clasificaciones lesivas y legislaciones discriminatorias en contra de los derechos de la población con orientación sexual diferente de la heterosexual y a su vez, el afán de regular la conducta sexual de las personas ha llevado a que la bisexualidad, la homosexualidad y la lesbianidad se expliquen a través de una amplia gama de interpretaciones y estigmatizaciones falsas que han contribuido a aumentar la confusión. Es allí donde el Estado a través de su órgano legislativo debe regular y normalizar todo lo referente a la protección de las personas que tengan comportamientos sexuales diferentes del heterosexual y quienes a través de los años han sufrido un trato discriminatorio existiendo con esta actitud una clara violación a los Derechos fundamentales anteriormente enunciados.

Conceptos y definiciones

Para efectos de la presente ley, se asume el concepto de Orientación sexual aceptado y validado por la ciencia sexológica. Este se refiere a las variaciones en la dirección del deseo y se manifiesta en forma exclusiva o variable como Bisexualidad, Heterosexualidad y Homosexualidad. Es decir, hace diferencia al estímulo de atracción y excitación sexual que hombres y mujeres encuentran en las personas de su mismo sexo.

El término homosexual fue utilizado por primera vez en 1869 por el médico húngaro K.M. Benkert en comunicación al Ministro de Justicia solicitándole suprimir la abolición de la ley que penalizaba los actos sexuales entre hombres. Sin embargo, hasta los años 70 muchos psiquiatras aún consideraban la homosexualidad como una enfermedad, y cuando un joven descubría que era "gay", sabía que le esperaba una vida con escasas posibilidades laborales, falsos anillos de boda y bares con ventanas oscuras.

En algunos pueblos las relaciones homosexuales eran aceptadas, permitidas y valoradas como una práctica cultural con significados específicos. (Griegos, samitas, romanos, barutas, espartanos). Estudios antropológicos actuales informan acerca del sentido de la homosexualidad para algunos pueblos que incluso la validan como "pedagogía homosexual" o sea esencial en la formación de la virilidad.

La homosexualidad, la lesbianidad y la bisexualidad son plurales y no pueden ser unificados como un "único deber ser". Existen múltiples formas de ser homo, hetero y bisexual, condición que sólo diferencia la forma muy particular e individual de vivir la sexualidad.

Debate contemporáneo, jurídico y científico sobre la homosexualidad y lesbianidad

Durante mucho tiempo, los homosexuales (hombres y mujeres) han estado sujetos a formas muy intensas de marginación y exclusión social y política, sino que además, en la vida cotidiana, las personas con esta preferencia sexoaffective han sido excluidas de múltiples beneficios sociales y han debido soportar fuertes formas de estigmatización social, las cuales incluso han llegado, en los casos extremos, a legitimar campañas de exterminio contra estas poblaciones.

Esta situación ha sido justificada con base en concepciones según las cuales estas personas, debido a que presentan una orientación sexual distinta a la mayoría de la población, debían ser considerados anormales, enfermos o inmorales.

Sin embargo, a partir de muchas investigaciones, y en especial los trabajos de la psicóloga Evelyn Hooker, cuestionaron esta percepción tradicional, pues mostraron que la homosexualidad no implica ningún desorden psiquiátrico, por cuanto no genera problemas emocionales, ni afecta la posibilidad de vida en sociedad de la persona. A partir de estas investigaciones parece claro entonces que los problemas de muchos homosexuales derivan no de su preferencia sexual como tal, sino de la marginación y del estigma social a que se encuentran sometidos. Es decir, "que no son los problemas de los homosexuales los que provocan un marginación social sino que, al contrario, es la marginación social la que genera problemas en ciertos homosexuales" (Jurisprudencia y Doctrina, página 1684).

Por consiguiente, las visiones tradicionales de la homosexualidad que consideran estas como una enfermedad o una anomalía que debe ser tratada o curada médicamente no son aceptables en las sociedades pluralistas contemporáneas, pues desconocen los avances de las teorías psicológicas.

Estas viejas concepciones contra el homosexualismo contradicen los valores esenciales del constitucionalismo contemporáneo, que se funda en el pluralismo y en el reconocimiento de la autonomía y la igual dignidad de las personas y de los distintos proyectos de vida. Por ello la Corte ya había señalado con claridad que "los homosexuales no pueden ser objeto de discriminación en razón de su condición de tales. El hecho de que su conducta sexual no sea la misma que adopta la mayoría de la población, no justifica tratamiento desigual" (Sentencia T-539 de 1994 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Consideración de la Corte 2.2).

Existen muchos estudios que, por un lado, tienden a considerar que la homosexualidad tiene una base biológica, y más específicamente un componente genético lo cual conllevaría a pensar que una persona no opta sino que encuentra su homosexualidad lo que significa que no es escogida por el individuo sino que es determinada por factores que se encuentran por fuera de su control. Estas consideraciones sobre el origen biológico de las orientaciones sexuales y el comportamiento homosexual han llevado a algunos sectores de la doctrina jurídica a considerar "que toda diferencia de trato negativa a una persona por el hecho de ser homosexual es injusta y violatoria de la igualdad, puesto que esa condición no es libremente escogida sino que es impuesta por la naturaleza. Por consiguiente, la exclusión a los homosexuales de determinados beneficios sociales, o la imposición de sanciones debido a su orientación sexual, equivale a otras formas de segregación particularmente odiosas y prohibidas, como la discriminación por la raza o por el origen familiar o nacional. Equivaldría también, a una discriminación por razón de sexo,

que se encuentra prohibida por los tratados de derechos humanos y por la mayoría de las constituciones.

Por otro lado, muchos consideran que las evidencias científicas sobre la determinación biológica del comportamiento homosexual y lésbico no son concluyentes y en acuerdo con otros múltiples estudios contemporáneos, debe aceptarse que en su desarrollo entran en juego causas múltiples, en donde inciden condicionamientos biológicos, factores ambientales y decisiones personales.

Es decir, que es una construcción social y sería entonces una opción sexual libremente asumida por la persona. Según estos críticos, la protección al homosexualismo invocando la determinación biológica de esta orientación sexual busca a lo sumo una cierta tolerancia de la sociedad a estas minorías, pero no es compatible con el pluralismo, que precisamente se funda en el reconocimiento de igual valor de los distintos proyectos y modelos de vida, y por ende debe conducir a defender la igual validez de las distintas orientaciones sexuales.

Ahora bien, independientemente de tal debate, lo cierto es que en el ordenamiento constitucional colombiano la discusión sobre si la homosexualidad está determinada biológicamente, o si por el contrario es una opción libre del ser humano, no es particularmente relevante, puesto que ambas tesis conducen a idénticos resultados en cuanto al grado de protección que la Carta confiere a estas personas, por cuanto la Constitución no sólo prohíbe la discriminación por razón de sexo (C. P., artículo 13) sino que además garantiza los derechos a la intimidad y, en especial, al libre desarrollo de la personalidad (C. P., artículos 15 y 16).

El anterior examen muestra que las personas homosexuales gozan de una doble protección constitucional. Pues si la orientación sexual se encuentra biológicamente determinada, como lo sostienen algunas investigaciones, entonces la marginación de los homosexuales es discriminatoria y violatoria de la igualdad, pues equivale a una segregación por razón del sexo (C. P., artículo 13). Por el contrario, si la preferencia sexual es asumida libremente por la persona, como lo sostienen otros enfoques, entonces esa escogencia se encuentra protegida como un elemento esencial de su autonomía, su intimidad y, en particular, de su derecho al libre desarrollo de la personalidad (C.P., artículo 16). Por cualquiera de las dos vías que se analice, el resultado constitucional es idéntico, por cuanto implica que todo trato diferente fundado en la homosexualidad de una persona se presume inconstitucional y se encuentra sometido a un control constitucional estricto.

Legislación comparada

Desde los años 90 numerosos Estados han avanzado en el estudio y adopción de normas que mejoren la situación de personas bisexuales y homosexuales. Ocupa un lugar central, Noruega, cuyo Parlamento en 1981 le agregó dos cláusulas al Código Penal prohibiendo la discriminación por orientación sexual y penalizándola hasta con seis meses de cárcel. En 1993 el mismo Parlamento promulgó la Ley de Parejas que otorga a hombres y mujeres homosexuales el derecho al matrimonio, aunque aún como parejas no puedan adoptar hijas/os.

En Israel una reforma de la Ley de Igualdad en 1992 convirtió en ilegal la discriminación basada en la orientación sexual. En 1993 se levantaron las restricciones para el ingreso de hombres homosexuales y lesbianas a las fuerzas armadas.

En 1994 el Parlamento de España votó a favor de igual reconocimiento legal para parejas heterosexuales, homosexuales y lesbianas y en 1998 se propuso al Parlamento de Roma el reconocimiento de los derechos civiles para las parejas homosexuales al igual que los que tienen las parejas heterosexuales.

También en 1994 en Holanda entró en vigor el Acta General sobre tratamiento igualitario que prohíbe la discriminación por orientación

sexual. El gobierno propuso una ley que permite el registro de parejas lesbianas y homosexuales y les garantiza pleno reconocimiento legal, con excepción de la adopción.

Sudáfrica fue de los primeros países en incluir en su constitución la protección contra la discriminación por orientación sexual.

La Asamblea Parlamentaria del Consejo Europeo (Recomendación 924/81 y Propuesta de Recomendación 6348/90) así como el Parlamento Europeo (Resolución acerca de la discriminación sexual en los lugares de trabajo, 1984) han exhortado a sus Estados miembros para que otorguen plena Igualdad a las lesbianas y hombres homosexuales en todas las áreas legales. En 1993 la Asamblea Parlamentaria adoptó la Declaración Escrita número 227 que enfatiza la necesidad de poner fin a la discriminación contra las personas homosexuales y lesbianas en los países ex comunistas. En 1994 el Parlamento Europeo adoptó una Resolución relativa a la Igualdad de Derechos de las lesbianas y hombres homosexuales. (Secreto a Voces, 1997, página 270).

Otros Estados europeos como Suecia, Dinamarca, Francia, Países Bajos han adoptado legislaciones similares en contra de la discriminación por orientación sexual. Asimismo en 1991 Amnistía Internacional amplió el concepto de "Prisioneros de Conciencia" a las personas encarceladas por su homosexualidad.

El recorrido anterior ilustra cómo especialmente en esta última década y en países que aparentemente jalonan el progreso de los Derechos Humanos, se viene promoviendo la protección al pluralismo sexual, avance que indica asimilación de los aportes de la ciencia sexológica que sustituyeron las interpretaciones orientadas en la ignorancia y el prejuicio.

Legislación colombiana

En Colombia aunque se han dado algunos avances, todavía existe discriminación por razón de la orientación sexual y no existe ninguna ley que la prohíba. Hace poco más de veinte años se dio un gran paso con la reforma del Código Penal de 1976 que despenalizó las actividades homosexuales entre mayores de 14 años (desaparecieron los artículos 323 y 329 que las condenaban).

Desde 1991 a partir de la nueva Constitución y de la actual Corte Constitucional se han emitido sentencias y/o conceptos de algunos magistrados a favor de la Igualdad de Derechos para todas las personas: Heterosexuales, homosexuales, lesbianas y bisexuales. Asimismo se han dado fallos de tutela sobre las relaciones homosexuales y lesbianas.

En diciembre de 1993 la Corte Constitucional autorizó a un hombre a cambiar su nombre masculino por otro femenino que correspondía a su identidad personal. Se amparó su derecho al libre desarrollo de su personalidad.

En marzo de 1994, con ponencia de Eduardo Cifuentes la Corte tuteló los derechos al debido proceso y al buen nombre de un alumno de la Escuela de Carabineros expulsado por supuestas conductas homosexuales. En su fallo la Corte dijo que tal condición no es un impedimento para servir a la Patria. La decisión se basó en la protección a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad.

En marzo de 1996 en sentencia proferida por el Magistrado Eduardo Cifuentes protegió el Derecho a la Libre Opción Sexual, arguyendo que "la ley no impide, en modo alguno, que se constituyan parejas homosexuales y no obliga a las personas a abjurar de su condición u orientación sexual y sustrae al proceso democrático la posibilidad y la legitimidad de imponer o plasmar a través de la ley la opción sexual mayoritaria. La sexualidad, aparte de comprometer la esfera más íntima y personal de los individuos, pertenece al campo de su libertad fundamental, y en ellos el Estado y la colectividad no pueden intervenir, pues no está en juego un interés público que lo amerite y sea pertinente, ni tampoco genera daño social".

En abril de 1996 la Corte Constitucional protegió la libre identidad sexual y dijo que la conducta y el comportamiento homosexuales tienen el carácter de orientaciones válidas y legítimas de las personas.

En marzo de 1998 la Corte tuteló el derecho a la educación de dos jóvenes de Ginebra (Valle) que habían sido excluidos por su condición homosexual y ordenó garantizarles el cupo para el próximo periodo escolar.

En septiembre de 1998 se debatió e impugnó el Estatuto Docente que en su artículo 46 contempla que la homosexualidad constituye mala conducta o ineficiencia profesional y la Sala plena de la Corte Constitucional conceptúa que la "Homosexualidad no es falta disciplinaria en el ejercicio docente".

En 1998 se realizó en una notaría de Bogotá el primer matrimonio gay celebrado en el país, registrado mediante Escritura Pública.

De otro lado también existen diversas sentencias que han negado a hombres homosexuales y lesbianas diversos derechos. Entre estas están:

El derecho de parejas con orientación homosexual y lesbianas a adoptar y a establecer sociedad conyugal y adquirir los derechos que de ella se derivan.

En 1998 el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca negó el reconocimiento de la sustitución pensional de un hombre que había convivido durante 20 años con otro de su mismo sexo. En un aparte la sentencia dice "no forman familia los homosexuales que conviven en forma permanente, obviamente no tienen derecho a sustitución pensional cuando muere su compañero, pues esta prestación social tiene como objetivo la protección de la familia".

Sin embargo, en diversas sentencias revisadas, han dado Salvamento de Voto varios magistrados progresistas, respetuosos de la diversidad sexual y actualizados con los modernos postulados de la sexología.

Las normas del proyecto en particular

El anterior discurso enmarcado netamente dentro de la filosofía constitucional colombiana me obliga a iniciar el proyecto de ley con una reafirmación sobre el derecho que tienen las personas heterosexuales, homosexuales al libre desarrollo de su personalidad permitiéndoseles expresar libremente su condición sexual; de igual forma, garantizándoles su derecho a la intimidad, restringiendo no sólo al Estado sino a la sociedad en general el realizar actos de intromisión en la vida del titular de este derecho, pero a la vez limitándolo como lo ordena el artículo 13 de nuestra Constitución a cuando se pongan en peligro los derechos de terceros y el orden jurídico, respetando así el principio de que mis derechos llegan hasta donde comienzan los derechos de los demás.

Pretendemos proscribir totalmente la discriminación a estos grupos de colombianos, impidiendo el señalamiento social y el hostigamiento constante al cual están sometidos en el quehacer de su vida diaria en razón a su orientación sexual. Nuestro gran objetivo será brindar una real igualdad en derechos, oportunidades y libertades a los bisexuales y homosexuales (hombres y mujeres).

Como es innegable que nuestra sociedad ha venido desconociendo esa igualdad real de la que hemos venido hablando, y vemos día a día actos premeditados de violencia y la vulneración constante de los bienes jurídicamente tutelados a todos los colombianos, pero especialmente a los (o las) homosexuales, me veo obligada a incluir en este proyecto una herramienta fundamental para disminuir la comisión de hechos ilícitos cometidos por personas, que dada su intolerancia atacan a otras por sus orientaciones sexuales diferentes a las heterosexuales. No podemos ser ciegos y desconocer la existencia de grupos de limpieza social y de personas que por amedrentar o fustigar a estas comunidades atentan contra su honra, vida y bienes.

Es así que adicionando el artículo 66 de nuestro código penal – Decreto-ley 100 de 1980– que habla de las circunstancias genéricas de agravación punitiva (que son aquellas modalidades, antecedentes, concomitantes o subsiguientes a los hechos punibles, cuya función es la de agravar cuantitativamente la pena que habría de imponerse al responsable de un delito de no existir ninguna de tales circunstancias); pretendemos que cuando se ejecute el hecho por causas originadas en la intolerancia por la orientación sexual asumida por el sujeto pasivo del delito, se imponga una pena cuantitativamente más grande que si se hubiera cometido este delito atendiendo a circunstancias diferentes; por ejemplo, quien mate, cause lesiones personales, extorsione, estafe, robe, etc., a un (o una) homosexual o bisexual por su condición de tal, será castigado de forma más dura.

El Estado colombiano a través de su historia, enmarcado durante mucho tiempo en una entrañable relación y muchas veces supeditación al poder de la Iglesia, sólo permitió como forma de unión a las personas, en relación de familia, el matrimonio católico. Matrimonio que aún sigue siendo válido entre parejas heterosexuales, junto con otras formas diferentes de la ceremonia católica, como el matrimonio civil por vía judicial o notarial.

En su evolución de Estado netamente conservador a un Estado con tendencias liberales, se empezó a flexibilizar nuestro marco jurídico reconociéndose la existencia de uniones maritales de carácter permanente que no sean legalizadas con un contrato de matrimonio (Ley 54 de 1990). Lo anterior se ve complementado con la Constitución de 1991 que hace grandes variaciones dentro del concepto de familia, su composición y creación.

Con las uniones de la Ley 54, que según la moral y las buenas costumbres se enmarcan como naturales, es decir, aquellas que se den entre hombre y mujer, excluyendo cualquier tipo de uniones homosexuales, se quiso dar a entender que la distinción de sexos es una realidad natural y en la cual no puede intervenir la voluntad humana. Esta es la filosofía bajo la cual se creó la Ley 54 de 1990, que reconoce la existencia de la unión marital de hecho y la Constitución de las sociedades patrimoniales de hecho entre hombre y mujer.

Esta diferencia de sexos para la constitución de uniones maritales, la doctrina jurídica colombiana la ha querido mostrar como un requisito que encuentra su fundamento en dos elementos: en la causa y en la función marital. En la causa, porque la unión marital de hecho descansa en el deseo de las personas de satisfacer sus necesidades heterosexuales y en el establecimiento de una relación civilizada para ello y en la función marital, puesto que sin esta diferencia de sexos no sería posible la constitución familiar marital. Dice la doctrina además que esta restricción de diferencias de sexo se ajusta al principio constitucional que dispone, “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos por la decisión libre de un hombre o una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla...”.

Reconozco que la Constitución es norma de normas y que la voluntad del legislador no puede ir en contra de sus mandatos, por esto soy consciente que para la existencia de la familia marital es necesario que exista una diferencia de sexo (hombre, mujer); pero manifiesto mi total desacuerdo en que el legislador colombiano siga pensando que por tenerse una relación diferente de la heterosexual se esté actuando en forma no civilizada y que la distinción de sexos sea una realidad natural sobre la que la voluntad humana no pueda intervenir.

Por lo anterior si bien reconozco que no puedo pretender dar efectos de matrimonio o de unión marital a la unión libre y espontánea de vida entre dos homosexuales, hombres o mujeres, por ir en contra del concepto de familia y la filosofía de nuestra Constitución; no veo por qué no

podemos reconocer efectos patrimoniales a la comunidad de vida singular y permanente constituidas por estas personas.

Es así que propongo que el Estado colombiano garantice el derecho de homosexuales a que constituyan una comunidad de vida permanente y singular sin que esta constituya unión marital. Pero a la vez que se la reconozca a esta comunidad de vida permanente y singular, la existencia de una sociedad patrimonial de hecho, que deberá ser declarada judicialmente, siempre y cuando dicha unión no sea inferior a dos años, las partes sean mayores de edad y no se encuentren incursos en causal alguna de impedimento legal para contraer matrimonio. Ahora, si ha existido matrimonio o unión marital de hecho en cabeza de alguna de las partes, esta sociedad conyugal o patrimonial anterior debe haber sido disuelta y liquidada por lo menos un año antes de la fecha en que se inició la comunidad de vida.

Considero que la forma más adecuada de manejar los efectos patrimoniales de la sociedad patrimonial de hecho que propongo es la que contempla la misma Ley 54 de 1990.

Una vez reconocidos efectos patrimoniales entre homosexuales o lesbianas que hayan decidido formar una comunidad de vida, hay que entrar a delimitar algunos derechos y obligaciones que en virtud de esta unión se hacen necesarios. Iniciemos con la obligación alimentaria ya que se ha reconocido desde la antigüedad que en las relaciones entre parejas, ascendientes y descendientes, hermanos, o entre padres e hijos no solamente están comprometiéndose intereses particulares de las personas vinculadas entre sí, sino que estas también, comprometen los intereses de la sociedad en general. De lo anterior emana la importancia de que se garantice entre estas personas el sustento, la habitación, el vestido, la asistencia médica, la recreación, la formación integral, etc. Vemos entonces que entre unos y otros se crea un deber de ayuda, y que cuando alguna de las partes incumple con este deber el Estado garantizará que la persona responsable cumpla.

El artículo 411 del Código Civil delimita los casos en que las personas se deben alimentos y para facilitarle al Estado el saber cuándo debe intervenir para garantizar este derecho; el numeral primero del citado artículo contempla al cónyuge como beneficiario de la obligación alimentaria. Es entendible que el Código limite al cónyuge esta obligación, dado que nuestro Código Civil data de 1887, pero creo que es hora de reconocer derechos de las personas que al igual que el cónyuge han contribuido a la consolidación de una comunidad de vida singular y permanente, muchas veces una comunidad que se establece por toda la vida.

Es por esto que propongo honorables Senadores que modifiquemos el artículo 411 de nuestro estatuto civil en su numeral primero, equiparando el derecho que tiene el cónyuge al derecho que tiene el compañero o compañera permanente o al (o la) homosexual que tiene sociedad patrimonial de hecho vigente.

Pero no es solamente el derecho de alimentos en que se debe equiparar los derechos del cónyuge a los del compañero permanente o de los (o de las) homosexuales con sociedad patrimonial de hecho vigente. No veo razón alguna por la que cuando exista sucesión intestada y el cónyuge esté llamado a heredar según los diferentes órdenes sucesorales, los (o las) homosexuales con sociedad patrimonial vigente no entren a equipararse en derechos; por esto propongo un artículo independiente en que se les otorgue vocación hereditaria a los arriba mencionados en igualdad de derechos a los que le habrían de pertenecer al cónyuge supérstite en los diferentes órdenes sucesorales que contempla nuestro Código Civil.

Ahora bien adentrándonos en el tema del sistema de seguridad social integral contemplado en la Ley 100 de 1993, tenemos que abarcar dos temas que considero fundamentales: El derecho de la sustitución pensional

por muerte del pensionado (pensión de sobreviviente) y el régimen de beneficiarios del sistema de seguridad social en salud.

Hasta ahora la ley, cuando muere un cónyuge o un compañero permanente sin necesidad de que esté reconocida la sociedad marital de hecho, permite que el cónyuge o compañero sobreviviente se beneficie con la pensión que el difunto venía recibiendo siempre que se acredite que se hizo comunidad de vida permanente y singular con el causante por lo menos desde el momento en que este cumplió con los requisitos para tener derecho a pensión de vejez o invalidez y hasta la muerte, y haya convivido con el fallecido no menos de dos años continuos con anterioridad a su muerte, salvo que haya procreado uno o más hijos con el pensionado. Considero que está es una de las violaciones más grande al derecho de la igualdad en este campo, pues si una lesbiana cumple con los anteriores requisitos y si por el solo hecho de su orientación sexual no concedemos el derecho, más aún cuando tiene una sentencia judicial que declara la existencia de una sociedad patrimonial de hecho, estaríamos regidos por un Estado de derecho poco social, intolerante y discriminatorio.

Es por esto honorables Senadores, que incluyo dentro de mi proyecto de ley la posibilidad del reconocimiento del derecho de pensión de sobrevivientes, tanto en el régimen solidario de prima media con prestación definida (sistema del ISS), como en el Régimen de ahorro individual con solidaridad (Sistema de los fondos de pensiones), a los (o las) homosexuales con sociedad patrimonial vigente cuando cumplan con los mismos requisitos para el cónyuge o compañero permanente supérstite.

Igualmente propongo un artículo que modifica el inciso primero del artículo 163 de la Ley 100 de 1993, para que dentro del plan obligatorio de salud con cobertura familiar, puedan ser beneficiarios los protegidos por esta ley en igualdad de condiciones al cónyuge o compañero permanente.

Por medio de la presente ley queremos reafirmar en un artículo el derecho de agremiación o asociación entre homosexuales sin más restricción que el respeto a los derechos de los demás, las buenas costumbres y el orden jurídico; con esto se pretende evitar que se siga señalando socialmente las organizaciones o grupos de homosexuales por el solo hecho de serlos, situación esta que los obligaba a reunirse y luchar por sus intereses clandestinamente, como si lo que estuvieran haciendo fuera ilícito o inmoral.

Para finalizar respetados compañeros, permítanme hacer referencia a la discriminación sexual que desde las aulas y los textos escolares se imparte soterradamente a los educandos, siendo esta la mayor causa de la intolerancia que desde niños o jóvenes se empieza a asumir. Creo que al igual como lo exigió la mujer hace poco tiempo en este mismo recinto, el Ministerio de Educación Nacional deberá eliminar de los textos escolares todas aquellas nociones que tienda a discriminar o dar información errada y poco objetiva sobre el tema de la orientación e identidad sexual.

Margarita Londoño Vélez,
Honorable Senadora.

SENADO DE LA REPUBLICA

SECRETARIA GENERAL

Tramitación de Leyes

Santa Fe de Bogotá, D. C., 8 de septiembre de 1999

Señor Presidente:

Con el fin de que se procede a repartir el Proyecto de ley número 97 de 1999 Senado, "por la cual se protegen y reconocen derechos a las mujeres y hombres bisexuales y homosexuales", me permito pasar a su Despacho el expediente de la mencionada iniciativa que fue presentada en el día de hoy ante Secretaría General. La materia de que trata el mencionado proyecto de ley es competencia de la Comisión Séptima Constitucional Permanente.

Manuel Enríquez Rosero,
Secretario General,
Honorable Senado de la República.

PRESIDENCIA DEL HONORABLE
SENADO DE LA REPUBLICA

Santa Fe de Bogotá, D. C., 8 de septiembre de 1999

De conformidad con el informe de Secretaría General, dese por repartido el proyecto de ley de la referencia a la Comisión Séptima Constitucional Permanente, para lo cual se harán las anotaciones de rigor y se enviará copia del mismo a la Imprenta Nacional con el fin de que sea publicado en la *Gaceta Legislativa del Congreso*.

Cumplase.

El Presidente del honorable Senado de la República,

Miguel Pinedo Vidal.

El Secretario General del honorable Senado de la República,

Manuel Enríquez Rosero.

* * *

PROYECTO DE LEY NUMERO 98 DE 1999 SENADO

por la cual se modifica el artículo 121 del Decreto 1333 de 1986

Código de Régimen Municipal y se dictan otras disposiciones en materia de revisión de actos administrativos de los concejos y alcaldes municipales.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1°. El artículo 121 numeral 3 del Decreto 1333 de 1986 Código de Régimen Municipal quedará así: Practicadas las pruebas pasará el asunto a despacho para fallo. El Magistrado dispondrá de diez días para la elaboración de la ponencia y el Tribunal de otros 10 días para decidir. La apelación procederá y se tramitará conforme a los términos de la presente ley.

Artículo 2°. *Causales de apelación.* En el trámite y revisión ante el Tribunal Contencioso Administrativo los acuerdos y decretos municipales, procederá el Recurso de Apelación de que trata el artículo 181 del Código Contencioso Administrativo en los siguientes casos:

(1) Cuando no se practicaron todas las pruebas decretadas en el proceso.

(2) Cuando el Acuerdo o Decreto contengan normas relativas al presupuesto municipal.

(3) Cuando el acto material de revisión sea flagrantemente violatorio de la Constitución Política o de la Ley.

(4) Cuando los actos administrativos sean provenientes de aquellos municipios capital de departamento.

Artículo 3°. *Trámite de la segunda instancia.* El trámite de la segunda instancia será consagrado en el Título XXV del Código Contencioso Administrativo.

Artículo 4°. Quiénes pueden iniciar el trámite de la segunda instancia.

Pueden apelar:

- El Gobernador del Departamento.
- El Alcalde Municipal.
- El señor Agente del Ministerio Público.

Artículo 5°. El término de 20 días establecido en el artículo 119 del Decreto 1333 de 1986 Código de Régimen Municipal será reducido a 15 días.

Artículo 6°. *Derogaciones.* Esta ley deroga todas las normas que le sean contrarias.

EXPOSICION DE MOTIVOS

Desde épocas pretéritas, el Municipio como entidad jurídica, administrativa y política ha sido esencial para el desarrollo sociocultural del hombre. No escapa al buen criterio de quienes de una u otra forma se interesan en la actividad municipal, que la mayoría de los ciudadanos tienen sus principales y quizás únicas relaciones con el estado a través de esta entidad territorial, a la cual le corresponde regular las actividades que más interesan y afectan a los miembros de cualquier conglomerado social, entre las que podríamos mencionar los servicios públicos, el desarrollo de sus territorios, la participación comunitaria, el mejoramiento social y cultural, etc.; aspectos que sin duda ponen de presente la importancia que cobra el municipio en el desarrollo de la actividad estatal.

En nuestro país desde su misma existencia ha estado presente el municipio, no obstante habersele dado diferentes denominaciones y haber sufrido modificaciones importantes dependiendo del momento histórico vivido, sin embargo, podríamos afirmar que el verdadero “despegue” del municipio colombiano ocurre en el año de 1986, es decir, luego de más de un siglo de historia constitucional, cuando gracias al fenómeno de la descentralización administrativa y a la elección popular de alcaldes, se consolida como la principal de las entidades territoriales y fundamento para el desarrollo de nuestro pueblo. Adicionalmente es bueno mencionar cómo con la Constitución Política de 1991 se le da también gran importancia al municipio calificándolo como la entidad fundamental de la decisión político-administrativa del Estado, además de concederle otras competencias de vital importancia, con lo que podríamos afirmar entonces que la nueva regulación constitucional del municipio colombiano ratifica y profundiza el proceso de descentralización administrativa que privilegia a las localidades desde el año de 1986.

No obstante lo anterior, el Constituyente de 1991 determinó que el ente departamental en cabeza del señor Gobernador, siguiera ejerciendo el control de la legalidad sobre los actos de los alcaldes y concejos municipales, situación que aunque en principio riñe con el fenómeno que actualmente vivimos de creciente descentralización administrativa, resulta de vital importancia y de enorme beneficio precisamente para el desarrollo y el buen funcionamiento de las actividades municipales.

En este orden de ideas es lógico afirmar que en la medida que los municipios y concretamente los alcaldes y concejos municipales expidan sus actos ajustándose en un todo al orden legal, el desarrollo y desenvolvimiento de la actividad local redundará en un mayor beneficio a la comunidad; a *contrario sensu*, si tales actos están viciados de inconstitucionalidad e ilegalidad, la actividad municipal se verá seriamente afectada en materias tan importantes como el presupuesto, planes de desarrollo, exenciones de impuestos, contratación, creación de entidades de orden local, etc. Llegando inclusive, como lo veremos en el presente trabajo, a menoscabar en determinadas circunstancias los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

Pretendemos entonces, a través de esta exposición de motivos de la figura de control de legalidad que ejerce el gobernador sobre los actos de los alcaldes y concejos municipales, demostrar su vigencia, su importancia y su influencia decisiva en el mantenimiento del orden legal.

Adicionalmente y como resultado de nuestra investigación queremos brindar las herramientas que permitan el desarrollo de la figura y su evolución acorde con los actuales momentos, para lo cual se elaborará un proyecto de ley.

Lo que para algunos autores constituye un “rezago colonial” es para nosotros el verdadero medio para que desde lo jurídico se haga un análisis de la realidad del municipio colombiano.

1. Marco histórico

En los primeros tiempos de la independencia de los acuerdos de los concejos eran suspendidos por alcaldes, jefes políticos o gobernadores, por inconstitucionalidad, ilegalidad o extralimitación de funciones; este primer comentario sobre control de legalidad de los actos de las autoridades municipales ejercido por el ejecutivo departamental es demostrativo de la incipiente autonomía que tenían los municipios y tal vez de las fortalecidas ideas centralistas que años más tarde regirían los destinos del país; también hay que anotar que en este control, no intervenían las autoridades judiciales y es apenas lógico pues mucho más tarde fue el surgimiento de los jueces que conocieron de los asuntos administrativos.

Antes de haber un análisis sobre lo que ha sido el devenir histórico, constitucional y legal del control de legalidad que ejerce el ejecutivo departamental sobre los actos de las autoridades municipales es importante hacer una clara distinción entre la época en que el sistema de gobierno fue federalista y las épocas en que lo ha sido centralista.

En las épocas de gobierno federalista los estados o provincias se dieron su propia constitución municipal, los gobernadores o presidentes se eligieron y, como es obvio, hubo diferencia entre los regímenes de los Estados en que se ha dividido el país. Tanto en la constitución municipal de la provincia de Zipaquirá como la de Bogotá de 1854, no presentan ninguna variación de importancia en relación con el régimen municipal de tipo centralista que había gobernado el país, y que años después se volverían a imponer.

La reforma del gobierno centralista se ha caracterizado, en lo que respecta al municipio, por la existencia de un Código Municipal que rige en la República y que regula lo referente a la organización departamental y municipal.

Estas constituciones dejan a la ley de regulación de todo lo relacionado con el régimen departamental y municipal.

Así, por ejemplo, la Constitución de 1842, en su artículo 139, determina que la “Ley dispondrá todo lo demás que sea conveniente para el régimen municipal de las provincias, cantones y distritos parroquiales”.

Sin embargo, en las cartas constitucionales de tipo centralista se dedican uno o dos títulos a dar los lineamientos generales del régimen departamental y municipal.

De una u otra constitución se han sucedido cambios intrascendentales, como los que han establecido diferentes divisiones territoriales, diversos nombres de las primeras autoridades de estas divisiones, distintos sistemas de nombramiento de intendentes, gobernadores y prefectos, etc.

1.1. El control de legalidad del Ejecutivo departamental frente a los actos de los concejos y alcaldes; las diferentes constituciones.

Para ilustrar la figura del ejecutivo departamental y el control de legalidad que ejercen sobre los actos administrativos de las autoridades municipales, revisaremos el devenir de esta figura en el recorrido histórico de las constituciones que rigieron nuestro país en el siglo anterior.

1.1.1. Constitución Política de la República de Colombia de 1821. Esta norma constitucional consagraba en su título VII “De la Organización Interior de la República”, lo atinente a las autoridades territoriales, así:

Artículo 151. El mando político de cada departamento residirá en un Magistrado con la denominación de Intendente, sujeto al Presidente de la República.

Artículo 153. En cada provincia habrá un gobernador que tendrá el régimen inmediato de ella con la subordinación al intendente del Departamento y las facultades, que detalle la Ley. Durará y será nombrado en los mismos términos que los intendentes.

Artículo 155. Subsisten los cabildos o municipalidades de los cantones. El Congreso arreglará su número, sus límites y atribuciones y cuanto conduzca a su mejor administración.

Es demostrativa esta norma de la inmensa potestad del Presidente de la República y de la existencia del control por su parte sobre los intendentes y gobernadores; la autoridad municipal se constituye como cuerpo colegiado en la figura de los cabildos municipales quienes son controlados por parte del Congreso.

1.1.2. Constitución política de Colombia, 1830. Para destacar de esta Carta Constitucional, su artículo 134 donde aparecen los Concejos Municipales en la siguiente forma:

Habrán concejos municipales en las capitales de provincia y aquellas cabeceras de cantón en que puedan establecerse a juicio de las Cámaras de Distrito. La ley organizará estos concejos; designará sus atribuciones y determinará el número de sus miembros, la duración de sus destinos y la forma de su elección.

En cuanto a las entidades territoriales continúan los Departamentos y las Provincias dirigidas por un prefecto independiente del jefe del ejecutivo y un Gobernador dependiente en lo político del prefecto del departamento, respectivamente.

1.1.3. Constitución del Estado de la Nueva Granada, 1832. Como en las constituciones anteriores no aparece un control de los actos administrativos que profieren las entidades administrativas, si se establece un poder de tipo político que se expresa en la dependencia del poder ejecutivo de las autoridades territoriales como lo son a la luz de esta Carta los gobernadores de las provincias.

1.1.4. Constitución Política de la República de la Nueva Granada, 1843. Destacamos el título IX “Del Régimen Político de las Provincias, Cantones y Distritos Parroquiales” y el Título X “Del Régimen Municipal de las Provincias, Cantones y Distritos Parroquiales”.

El primero de ellos hace referencia a los gobernadores con la definición de agentes políticos e inmediatos del Poder Ejecutivo y como jefe político de sus respectivas provincias; continúa el carácter político de la figura del gobernador y en el otro título surge un incipiente régimen municipal en el cual aparece en cada provincia una Cámara Provincial cuyas funciones serían determinadas por la ley.

1.1.5. Constitución Política de la Nueva Granada, 1853. Resaltamos el Título VII de la Constitución citada denominado el régimen municipal, pues en él se agrupa todo lo relacionado a la organización territorial; mencionamos el artículo 47:

El territorio de la República continuará dividido en provincias para los efectos de la administración general de los negocios nacionales; las provincias se dividirán en distritos parroquiales.

1.2. La Constitución de 1986 y el control de legalidad de los gobernadores frente a los actos de los alcaldes y concejos municipales.

El Estado colombiano se organizó en 1889 como unitario, es decir, un sistema centralista de Gobierno, mediante el cual tiene vigencia igual la ley, en todas y cada una de las regiones del país; lo anterior como consecuencia de las fratricidas luchas de nuestras regiones y partidos; en esta Constitución patrocinada por Rafael Núñez, e inspirada por Miguel Antonio Caro, los Gobernadores Departamentales se constituyeron como agentes del Gobierno Central y al mismo tiempo como Jefes de la Administración Departamental.

El Presidente Rafael Núñez, quien había planteado al país la necesidad de escoger entre la regeneración y la catástrofe, consideró llegado el momento de convocar a una asamblea constitucional que expidiera para la nación una nueva ley fundamental. El Consejo Nacional de Delegatarios que así se llamó, integrado por dos delegados en cada uno de los estados

soberanos, previamente sometió a las municipalidades unas bases de reforma, la segunda de las cuales prescribía:

Los estados o secciones en que se divida el territorio nacional, tendrán amplias facultades municipales y las demás que fueren necesarias para atender al desarrollo de sus peculiares intereses y adelantamiento interno.

El propósito de conceder “amplias facultades municipales”, empero, estaba en posición con la realidad que vivía el país y con el fuerte sentimiento antifederal imperante en el gobierno y en los miembros del Consejo de Delegatarios. Por eso desapareció, perdido entre las brumas de la Constitución Centralista de 1886 que, por lo demás en la materia atinente a los municipios dispuso:

- División para el servicio administrativo, de los departamentos en provincias y estas en distritos municipales.

- Atribuciones a las asambleas departamentales para crear municipios, con arreglo a la ley, y segregar y agregar “Términos Municipales”.

- Asignación al gobernador de la función de revisar los actos de las municipalidades (Concejos) y los de los alcaldes, suspender los primeros y revocar los segundos, por medio de las resoluciones motivadas y únicamente por motivos de incompetencia o ilegalidad.

- Creación en cada distrito municipal de una corporación popular con el nombre de Concejo Municipal.

- Atribuciones al Alcalde de la acción administrativa en el distrito, con el doble carácter de agente del gobernador y mandatario del pueblo.

- El artículo 194 de la Constitución en comentario, establecía las funciones a cargo del Gobernador del Departamento y precisamente a saber su numeral ocho (8) consagraba: “Son atribuciones del gobernador:

8. Revisar los actos de los Concejos Municipales y de los Alcaldes, por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad, revocar los últimos y pasarlos al tribunal competente para que éste decida sobre su exequibilidad”.

Demostrativa esta norma constitucional del carácter centralista de entonces, pues el Gobernador podía revocar los actos de los Alcaldes Municipales sin acudir a la autoridad judicial; vale la pena resaltar que si existía alguna forma de descentralización, esta recaía directamente sobre los Departamentos, concepción hoy en día revaluada ante el llamado “auge de los municipios” que para algunos ha generado el proceso de desaparición de los Departamentos. Además de la citada norma constitucional muestra la poca autonomía administrativa de los municipios, concepto revaluado actualmente cuando se predica como fundamento de la administración la autonomía de los municipios.

El poder político del ejecutivo central, en efecto, atrajo parte del poder administrativo de los departamentos y municipios, concentró servicios que antes pertenecían a la órbita municipal, y correlativamente, se incrementaron los recursos fiscales de la nación en desmedro de las entidades territoriales. Bastaría con probar con estupor cómo en 1979, según revela el informe Wisner-Bird, la nación (junto con sus entidades descentralizadas) acumulaba el 84.6% de los ingresos del Estado dejando a los Departamentos, Intendencias y Comisarías el 9.7% y a los municipios sometidos a un “Deterioro Progresivo de sus tributos” el 5.7%.

1.2.1 Ley 4ª de 1913. Esta ley sobre Código de Régimen Municipal, en cuanto al control de legalidad del ejecutivo departamental frente a los actos de los Concejos y Alcaldes establecía como función del gobernador.

Revisar los actos de las municipalidades y de los alcaldes por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad, revocar los últimos y pasar los primeros a la autoridad competente, para que esta decida sobre su exequibilidad.

Parágrafo. Cuando el gobernador hallare irregularidades en los acuerdos municipales, podrá dentro de los quince días siguientes al recibo,

devolverlos a los concejos con las observaciones del caso, para que sean corregidos; pero si la municipalidad insiste y la objeción versare sobre apunto de inconstitucionalidad o ilegalidad, los pasará al poder judicial.

Esta norma legal, desarrolla el anteriormente citado precepto constitucional; adiciona en su párrafo el trámite adicional para los acuerdos de los Concejos Municipales, en los casos que el gobernador halle irregularidades y tuviese la oportunidad de hacer las observaciones del caso.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia de entonces interpretaban las normas en mención, en el sentido de que la revisión que ejerce el gobernador sobre los actos administrativos de los Concejos Municipales y Alcaldes, se constituía como una Modalidad del control de Tutela; para el tratadista Gustavo Penagos, en su obra Manual de la Administración Municipal, quinta edición, define el control de tutela, así:

“La tutela es el conjunto de poderes limitados, concedidos por la ley a una autoridad superior sobre los agentes descentralizados y sobre sus actos con el fin de proteger el interés general”.

Hay a la luz de la Constitución Política de 1991 y dado el carácter de autonomía de los municipios como entidad territorial, hablamos del control de legalidad.

Sin embargo, ese llamado “Control de Tutela”, generó una gran polémica en el concepto de la teoría del acto administrativo, en cuando si éste se constituía como un elemento de validez del mismo. Por vía jurisprudencial se sostuvo que los actos objeto de control no significaba que no se pudiera ejecutar inmediatamente después de su expedición una vez cumplido el requisito de su promulgación. Propiciar la tesis contrario sería e implicaría desviación y abuso de poder.

Sirve de ejemplo de la tesis anterior la sentencia de abril 29 de 1977 proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Risaralda, confirmada en su totalidad por el Consejo de Estado mediante sentencia de junio 5 de 1979.

1.1.2 Reforma Constitucional de 1986, se erige como aquel en que se dio un nuevo rumbo a la Administración Departamental y Municipal, sobre toda esta última cuando con el Acto Legislativo número 1 de 1986, como nuevo cuerpo constitucional estableció por primera vez en el presente siglo, la elección popular de alcaldes y la consulta popular o referéndum municipal; indudablemente que esta nueva concepción constitucional trajo un gran salto en materia de autonomía, pues los alcaldes ya no reciben su designación de un acto de autoridad del gobernador del departamento sino de la voluntad del pueblo lo que hace autónomo e implica con esto que el control de legalidad del Ejecutivo departamental no pueda ya revocar sus actos en caso que tenga diferencias jurídicas sino que como los acuerdos de los Concejos Municipales tengan que ser enviados a la autoridad judicial, Tribunal de lo Contencioso Administrativo para que este acerca de su exequibilidad o ilegalidad.

Esta reforma constitucional junto con las normas que se dictaron el mismo año para su desarrollo y de las cuales nos ocuparemos más adelante, se podría resumir en los siguientes puntos:

– La participación ciudadana directa en los asuntos de interés público como la elección popular de alcaldes, la consulta popular, municipal o referéndum local, las juntas administradoras locales, las juntas civiles o comunales y las juntas de las entidades descentralizadas.

– El reordenamiento administrativo en relación con las condiciones para creación de municipios, funciones de los mismos, inspecciones de policía, asociaciones de municipios, juntas administradoras locales, participación comunitaria, entidades descentralizadas, personeros, empleos y manejo de personal, contratación, contralores y funciones, concejos y concejales, acuerdos municipales y elección de funcionarios.

– El fortalecimiento de los fiscos municipales mediante el incremento de las transferencias recibidas a título de participación en el impuesto a las ventas y su elevación gradual, así como el reordenamiento de las rentas propias de los municipios, con sus impuestos predial, industria y comercio, avisos, tableros y rodamiento.

Un motivo de validez para juzgar la bondad de una norma jurídica y su legitimidad para regular la actividad del Estado, es su contenido democrático, la capacidad de estimular y vivificar la democracia, forma de quehacer republicano imposible de ser concebida sin la participación activa y consistente de los ciudadanos. El pueblo es sujeto y objeto de la democracia, fundamento y destino de los gobiernos y base, apoyo y materia nutricia de los partidos políticos. Y aunque a veces se trate al pueblo con expresiones peyorativas o se considere que carece de suficiente madurez o de adecuada cultura política, sus equivocaciones resultan menos graves y más aceptables, que las provenientes de dictadores, jefes únicos o “camarillas” que, con pretextos ampulosos, desconocen el origen primario del poder. El profundo pensamiento de Winston Churchill nos enseña que la democracia es la forma de gobierno. Con excepción de todas aquellas que hayan sido ensayadas de tiempo en tiempo.

1.2.3 Ley 11 de 1986. Estatuto Básico de la Administración Municipal. El propósito de esta ley es dotar a los municipios de un estatuto administrativo y fiscal que les permita, dentro del nuevo concepto de autonomía, cumplir las funciones y prestar los servicios a su cargo, promover el desarrollo de sus territorios y el mejoramiento sociocultural de sus habitantes, asegurar la participación efectiva de la comunidad en el manejo de los asuntos públicos de carácter local y propiciar la integración regional, además debe advertirse otra finalidad importante: la actualización del régimen municipal desde el punto de vista jurídico-administrativo.

Cerca de ciento noventa y cinco (195) reformas legislativas al Código de Régimen Político y Municipal (Ley 4ª de 1913), obligaban a la expedición de un claro y orgánico estatuto que diera la coherencia e integridad contextual tan esencial en la organización básica.

1.2.4 Decreto 1222 de 1986. Código de Régimen Departamental. Este decreto buscó fortalecer los departamentos, modernizar sus instituciones jurídico-administrativas.

El control de legalidad sobre los actos de los alcaldes y concejos municipales quedó plasmado, así:

“Artículo 94. *Son atribuciones del gobernador.* Artículo 8º. Revisar los actos de los Concejos Municipales y de los Alcaldes y por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad remitirlos al Tribunal competente para que decida su validez.”

1.2.5 El Decreto 1333 o Código de Régimen Municipal. En el artículo atinente a los acuerdos de los Concejos Municipales establece para desarrollar la facultad de revisión de los acuerdos, así:

“Artículo 117. Dentro de los tres (3) siguientes al de la sanción el Alcalde enviará copia del acuerdo al Gobernador del departamento para su revisión jurídica. La revisión aquí ordenada no suspende los efectos de los acuerdos.”

El artículo 119 consagra término de veinte (20) días para enviarlo al Tribunal; el 120 y 121 el trámite a seguir por el tribunal de lo Contencioso Administrativo.

2. MARCO LEGAL VIGENTE

2.1 Constitución Política de Colombia de 1991

Fundamento esencial de esta Carta Política, es el Estado Social de Derecho, donde es básico el respeto a la dignidad humana; por eso hoy más que nunca todas las autoridades públicas deben actuar de esta manera, garantizarle al ciudadano su dignidad humana y por ende el respeto a sus derechos fundamentales.

El municipio como entidad continúa teniendo una gran importancia y responsabilidad pues continúa siendo la entidad fundamental de la división político-administrativa del Estado (art. 311).

Sin embargo, la misma norma constitucional le otorga un grado de subordinación pese a su autonomía ante los departamentos al establecer en su artículo 305 numeral 10, lo siguiente:

“Son atribuciones del Gobernador: 10. Revisar los actos de los Concejos Municipales y de los Alcaldes y, por motivos de institucionalidad o ilegalidad, remitirlos al Tribunal competente para que decida sobre su validez.”

Este artículo el cual es el punto de partida del presente trabajo de proyecto de ley, es paradójico, pues aunque se mencionó anteriormente citando algún autor que éste es un rezago colonial” y que en algunos casos las capitales de departamento gozan de una mejor condición económica y presupuestal gracias a las bondades de la gran autonomía municipal, el mandatario departamental continúa ejerciendo este control; más adelante cuando el fruto del análisis de tales revisiones verificaremos que es fundamental tal facultad del gobernador y que surge incluso a la necesidad de reformarla.

Esta facultad era conocida como “Control de Tutela”, hoy en día vale la pena denominarla simplemente como un control de legalidad que ejerce el ejecutivo departamental para evitar confusiones con la Acción de Tutela (art. 86) mecanismo de protección de los derechos fundamentales y del control del órgano central sobre el ente descentralizado mediante imposición de políticas generales de administración y que ejerce por intermedio de los representantes del ente central en las Juntas Directivas de establecimientos públicos, de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las empresas prestadoras de servicios públicos.

Brevemente nos referimos al artículo en sí: El mandatario departamental realiza una revisión que implica comparar tal acto con la normatividad superior.

Estos actos, son:

- En cuanto los Concejos Municipales: la revisión se ejerce frente a los acuerdos que son actos jurídicos de carácter general.
- Para los actos de los Alcaldes se refiere a los actos es decir, decretos que tengan la calidad de general.
- En cuanto al Tribunal competente será el tribunal Contencioso Administrativo del Departamento.

2.2 Ley 136 de 1994

“Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y funcionamiento de los municipios”. Para el objeto materia de estudio vale la pena destacar el siguiente artículo:

Artículo 82. Revisión por parte del Gobernador de los cinco (5) días siguientes a la sanción, al Alcalde enviará copia del Acuerdo al gobernador del departamento para que cumpla con la atribución del numeral (10) artículo 305 de la Constitución. La revisión no suspende los efectos de los Acuerdos.

Esta norma desarrolla el mandato constitucional; se resalta que la revisión no incide en el efecto de los acuerdos, es decir que el hecho de revisar por sí solo no suspende el acuerdo, diferente es cuando ya el Tribunal Contencioso hace su pronunciamiento donde va a declarar la exequibilidad o inexequibilidad del acuerdo.

3. LA SOLICITUD DE INEXEQUIBILIDAD POR VIOLAR LA CONSTITUCION POLITICA Y LA LEY

Consiste en un escrito, el cual es elaborado y presentado por los funcionarios que conforme a la planta de cargos y manual de funciones del departamento tengan facultades de representación judicial del

gobernador o por abogado al cual el mandatario departamental confiera poder especial para adelantar el trámite referido.

Esta solicitud se hace conforme a lo establecido en las siguientes normas:

- Constitución Política de Colombia artículo 305 numeral 10.
- Decreto 1333 de 1986, artículos 119 y 1120.
- Ley 136 de 1994, numeral 7, literal A artículos 91 y 82.

En este escrito se solicita se decida sobre la legalidad de un acuerdo o decreto.

Tal solicitud está compuesta por los siguientes puntos:

- Representación del Gobernador. Se identifica al profesional del derecho que llevará la representación judicial del mandatario departamental.
- Petición. Se solicita al Tribunal Contencioso se pronuncie sobre la legalidad del acto.
- Hechos. Narración de las circunstancias fácticas de la aprobación, expedición del Acuerdo hasta su remisión y posterior recibo que haga la Gobernación respectiva.
- Fundamentos de derecho, normas violadas y concepto de violación. En este punto se hace un análisis del acuerdo o decreto frente a normas de carácter superior y el concepto de violación.
- Oportunidad. Se menciona los motivos de porqué se está a tiempo la revisión.
- Procedimiento y competencia. Se citan las normas de competencia y procedimiento.
- Documentos anexos. Poder, documentos que se quieren sean tenidos en cuenta por el Tribunal Contencioso.
- Notificaciones.
- Firmas.

Todo lo anterior de conformidad con lo ordenado por el artículo 120 del Decreto 1333 de 1986 que consagra que el escrito debe cumplir con los requisitos señalados en los numerales 2 a 5 del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo.

3.1 El procedimiento ante el Tribunal Contencioso Administrativo

3.1.1 **Expedición del acuerdo o decreto.** Para el caso de los acuerdos de los Concejos Municipales éstos deberán haber sido tramitados conforme a la ley, es decir debates en fechas diferentes, sancionados por el alcalde municipal y publicados; los decretos también deben estar legalmente expedidos y publicados.

3.1.2 **Enviar al Gobernador del Departamento.** El artículo 91, literal a) numeral 7 de la Ley 136 del 1994 establece entre otras la función que el alcalde municipal, enviará al gobernador del departamento, dentro de los cinco (5) días siguientes a la sanción o expedición los acuerdos del concejo, los decretos de carácter general que expida, los actos mediante los cuales se reconozca y decreta honorarios a los concejales y los demás de carácter particular que el gobernador solicite.

3.1.3 **Revisión Jurídica por parte del gobernador del departamento.** El gobernador del departamento por intermedio de la dependencia jurídica (departamento administrativo, adscrita o secretaría), realiza un estudio jurídico del acto o revisión; si considera que es violatorio lo envía al Tribunal Contencioso Administrativo para que decida sobre su validez, para esta labor conforme al artículo 119 del Decreto 1333 de 1986 establece un término de 20 días siguientes a la fecha en que lo haya recibido.

3.1.4 **Remisión al Tribunal Contencioso Administrativo.** El Gobernador enviará al Tribunal copia del acuerdo acompañado del

escrito de solicitud de revisión. El mismo día en que el Gobernador remita el acuerdo al Tribunal, enviará copia de su escrito a los respectivos alcaldes, personero y presidente del concejo para que éstos, si lo consideran necesario intervengan en el proceso (art. 120 Decreto 1333 de 1986).

3.1.5 Trámite que realiza el Tribunal. (Art. 121 Decreto 1333 de 1986).

– Si el escrito reúne los requisitos de ley, el Magisterio sustanciador ordenará que el negocio se fije en lista por el término de 10 días durante los cuales el fiscal de la Corporación y cualquiera otra persona podrán intervenir para defender o impugnar la constitucionalidad o legalidad del acuerdo y solicitar la práctica de pruebas.

– Vencido el término fijación en lista se decretarán las pruebas pedidas por el Gobernador y los demás intervinientes. Para la práctica de las mismas se señalará término no superior a diez días.

– Practicadas las pruebas pasará el asunto al despacho para fallo. El Tribunal da otros diez días para decidir. Contra esta decisión que produce efectos de cosa juzgada en relación con los preceptos constitucionales y legales confrontados no procederá recurso alguno.

3.1.6 Notificación. Para los fines previstos en los artículos 173 y 176 del Código Contencioso Administrativo, el Tribunal por intermedio de su secretaría envía copia al señor gobernador. Para notificar a las partes, se fija edicto en lugar público de la Secretaría del Tribunal, en cumplimiento con lo dispuesto en el artículo 173 del Código Contencioso Administrativo en concordancia con el artículo 323 del Código de Procedimiento Civil, por el término de tres (3) días.

CONCLUSIONES QUE JUSTIFIQUE EL PROYECTO DE LEY

– Indudablemente, la descentralización administrativa cada vez más pronunciada y defendida en nuestro país, es un fenómeno que le ha permitido a las entidades territoriales y concretamente al municipio, fortalecer y ampliar su campo de acción, redundando en un beneficio innegable para los ciudadanos.

– No obstante lo anterior, en aras de una descentralización e independencia total no es conveniente que las autoridades municipales no tengan ningún tipo de control en sus actos y menos uno con las características del control de legalidad estudiado ampliamente a lo largo de este trabajo, que lo único que busca es que los actos expedidos por los alcaldes y concejos municipales se ajusten al ordenamiento legal. En este orden de ideas, si los referidos actos no se encuentran viciados de inconstitucionalidad e ilegalidad y se ajustan a un todo a derecho, en nada afecta el mencionado control a los municipios.

– Además de lo anterior también es innegable que la mayoría de los municipios colombianos no están preparados para una independencia total y para actuar sin control alguno. Sobre el particular y refiriéndonos, claro está, al Valle del Cauca, debemos advertir que aunque las falencias jurídicas más comunes se presentan en municipios diferentes de la capital del departamento, esta última no escapa al yerro de magnitud importante que se evidencian de manera clara en algunas de las decisiones del tribunal Contencioso Administrativo del Valle estudiadas en este trabajo.

– Si bien es cierto el que los gobernadores tengan la potestad constitucional de revisar los actos administrativos emitidos por los alcaldes y los concejos municipales, se puede entender como una limitación, es para nosotros la mejor herramienta para que la administración municipal sin controvertir su autonomía se desarrolle conforme a la Constitución y la ley gracias al debate judicial que conlleva tal revisión. Además insistimos, si los actos de los alcaldes y concejos municipales se ajustan al ordenamiento legal, de nada tendrán que preocuparse estas autoridades por la aparente “limitación” que encierra el control de legalidad en cabeza de los gobernadores.

– Esta facultad, desconocida para muchos es un instrumento de vital importancia para conocer la realidad jurídica municipal y amerita, pese a las valiosísimas piezas jurídicas que emiten los tribunales Contencioso Administrativos, una segunda instancia donde intervengan el Consejo de Estado fijando una jurisprudencia nacional sobre las falencias jurídicas estudiadas en este trabajo de grado, que permitiría además, eventualmente, y por razones muy precisas controvertir las decisiones tomadas en la primera instancia.

– La legalidad, por la que se elaboró este proyecto, es simplemente de nuestro deseo de propender a una administración municipal justa y que refleje en la comunidad un espíritu de las leyes que en últimas, en nuestro estado social de derecho, debe fundamentarse en el respeto a la dignidad humana.

– Es esta una muestra de que la colaboración armónica entre las ramas y entidades del poder público tan discutida en nuestro tiempo y que ordena la Constitución Política, puede darse generando los mejores resultados.

– Este proyecto de ley les demuestra a los defensores a ultranza de la descentralización total que en la mayoría de los casos y por lógica conclusión son detractores del departamento como entidad territorial, que debe seguir existiendo el control ampliamente estudiado a lo largo de este texto y que no debe tomarse en ningún momento como un menoscabo de la actividad municipal sino como un mecanismo efectivo para el mantenimiento de la legalidad.

De los honorables Senadores,

Francisco Javier Murgueitio Restrepo,
Senador de la República.

SENADO DE LA REPUBLICA SECRETARIA GENERAL Tramitación de Leyes

Santa Fe de Bogotá, D. C., 8 de septiembre de 1999

Señor Presidente

Con el fin de que se proceda a repartir el Proyecto de ley número 98 de 1999 Senado, *por la cual se modifica el artículo 121 del Decreto 1333 de 1986 Código de Régimen Municipal y se dictan otras disposiciones en materia de revisión de actos administrativos de los concejos y alcaldes municipales*, me permito pasar a su despacho el expediente de la mencionada iniciativa que fue presentada en el día de hoy ante Secretaría General. La materia de que trata el mencionado proyecto de ley es competencia de la Comisión Primera Constitucional Permanente.

El Secretario General del honorable Senado de la República,

Manuel Enríquez Rosero.

PRESIDENCIA DEL HONORABLE SENADO DE LA REPUBLICA

Santa Fe de Bogotá, D. C., 8 de septiembre de 1999

De conformidad con el informe de Secretaría General, dése por repartido el proyecto de ley de la referencia a la Comisión Primera Constitucional Permanente, para lo cual se harán las anotaciones de rigor y se enviará copia del mismo a la Imprenta Nacional con el fin de que sea publicado en la *Gaceta Legislativa del Congreso*.

Cumplase.

El Presidente del honorable Senado de la República,

Miguel Pinedo Vidal.

El Secretario General del honorable Senado de la República,

Manuel Enríquez Rosero.

CONTENIDO

Gaceta número 305 - Viernes 10 de septiembre de 1999

Págs.

SENADO DE LA REPUBLICA**PROYECTOS DE ACTO LEGISLATIVO**

Proyecto de Acto legislativo número 08 de 1999 Senado, por el cual se modifican los artículos 356, 357 y 358 de la Constitución Política 1

PROYECTOS DE LEY

Proyecto de ley número 94 de 1999 Senado, por la cual se dictan normas de seguridad social en salud para las universidades públicas o estatales 8

Proyecto de ley número 95 de 1999 Senado, por la cual se establecen condiciones para que los servidores públicos no contemplados en la prohibición del artículo 127 de la Constitución Política de Colombia, participen en las actividades de los partidos y movimientos políticos y en controversias políticas 10

Proyecto de ley número 96 de 1999 Senado, por la cual se crean el Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal-SICE, el Catálogo Único de Bienes y Servicios-CUBS y el Registro Único de Precios de Referencia-RUPR de los bienes y servicios de uso común en la administración pública, y se dictan otras disposiciones 12

Proyecto de ley número 97 de 1999 Senado, por la cual se protegen y reconocen derechos a las mujeres y hombres bisexuales y homosexuales 21

Proyecto de ley número 98 de 1999 Senado, por la cual se modifica el artículo 121 del Decreto 1333 de 1986 Código de Régimen Municipal y se dictan otras disposiciones en materia de revisión de actos administrativos de los concejos y alcaldes municipales 26