



GACETA DEL CONGRESO

SENADO Y CÁMARA

(Artículo 36, Ley 5ª de 1992)

IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA
www.imprenta.gov.co

ISSN 0123 - 9066

AÑO XX - N° 110

Bogotá, D. C., martes, 27 de marzo de 2012

EDICIÓN DE 24 PÁGINAS

DIRECTORES:

EMILIO RAMÓN OTERO DAJUD
SECRETARIO GENERAL DEL SENADO
www.secretariasenado.gov.co

JESÚS ALFONSO RODRÍGUEZ CAMARGO
SECRETARIO GENERAL DE LA CÁMARA
www.camara.gov.co

RAMA LEGISLATIVA DEL PODER PÚBLICO

SENADO DE LA REPÚBLICA

PROYECTOS DE LEY

PROYECTO DE LEY ESTATUTARIA NÚMERO 216 DE 2012 SENADO

por medio de la cual se reglamenta la participación en política de los servidores públicos, de conformidad al inciso 3° del artículo 127 de la Constitución Política de Colombia, y se dictan otras disposiciones.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1°. *Objeto.* La presente ley tiene por objeto desarrollar el parágrafo 3° del artículo 127 de la Constitución Política, estableciendo las condiciones en las cuales los servidores públicos podrán participar en política.

Artículo 2°. *Participación en política del servidor público.* Es toda actividad que de manera individual o colectiva realiza un ciudadano con independencia del ejercicio de su cargo, y por la cual expresa su opinión de apoyo u oposición a una causa o campaña política, en razón de actividad o controversia política.

Se entiende por **actividad política**, toda aquella operación o tarea desarrollada por un partido político, movimiento político o grupo significativo de ciudadanos dirigida a intervenir en la designación de sus gobernantes o influir en la formación de la política estatal.

Se entiende por **controversia política**, toda aquella actividad realizada por un partido político, movimiento político o grupo significativo de ciudadanos tendiente a discutir los planteamientos políticos expuestos por otro partido político, movimiento político o grupo significativo de ciudadanos, con el fin de obtener representación en los distintos

niveles gubernamentales o en la formación de la política estatal.

Artículo 3°. *Ámbito de aplicación.* Las disposiciones contenidas en esta ley serán aplicables a los servidores públicos que no han sido excluidos por el mandato constitucional previsto en el artículo 127.

Parágrafo. Las disposiciones de esta ley no se aplicarán a los miembros de las corporaciones públicas: miembros de Juntas Administradoras Locales, ediles, diputados, concejales, congresistas y ni a los empleados vinculados a sus unidades de apoyo normativo y unidades de trabajo legislativo.

Artículo 4°. *Intervención de los servidores públicos.* Los empleados contemplados en el artículo 3° de la presente ley podrán realizar las siguientes actividades políticas, siempre y cuando sean fuera de las instalaciones de la entidad a la cual están vinculados y fuera del horario laboral:

a) Participar como ciudadanos en la preparación de propuestas técnicas de la campaña electoral, así como en eventos internos de carácter programático de la misma, sin perjuicio de las funciones propias y sin participación alguna de los funcionarios a su cargo;

b) Asistir como ciudadanos a debates técnicos, foros de discusión y encuentros académicos en el marco de las campañas electorales;

c) Participar como ciudadanos en simposios, actos públicos, conferencias, foros, congresos, que organicen sus partidos, movimientos políticos o grupos significativos de ciudadanos;

d) Inscribirse como miembros de los partidos políticos, movimientos políticos o grupos significativos de ciudadanos.

Parágrafo 1°. Las personas que se desempeñen en el cargo de Presidente de la República, Ministro, Gobernador, y Alcalde, así como de quienes se desempeñen en los cargos de presidentes, directores, gerentes y secretarios del orden nacional, y de las entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, no podrán asistir ni participar a los actos convocados para promocionar candidatos, o partidos políticos, movimientos políticos, o grupos significativos de ciudadanos, exceptuando las disposiciones especiales aplicables en caso de campaña de reelección.

Parágrafo 2°. No podrán ostentar representación alguna en los órganos de gobierno o administración propios de los partidos, movimientos políticos o grupos significativos de ciudadanos, ni dignidad o vocería en los mismos, ni podrán recibir remuneración alguna por el desarrollo de sus actividades políticas, mientras se desempeñen como servidores públicos.

Parágrafo 3°. Quienes pretendan realizar otras funciones dentro de las campañas electorales, distintas a las autorizadas por la presente ley, o dedicar tiempo completo a la respectiva campaña, deberán retirarse de sus cargos, o solicitar licencia no remunerada hasta por ciento veinte (120) días, para poder hacerlo.

Parágrafo 4°. Se consideran eventos internos de las campañas electorales, aquellos realizados por el candidato y su equipo inmediato de campaña.

Parágrafo 5°. Las actividades políticas anteriormente descritas sólo podrán ejercerse dentro de los cuatro (4) meses anteriores al día en que se realizarán las respectivas elecciones.

Artículo 5°. *Prohibiciones de los servidores públicos.* Sin perjuicio de lo dispuesto en las demás normas que regulan la materia, durante la campaña electoral los servidores públicos, contemplados en el artículo 5° de la presente ley, no podrán:

a) Difundir propaganda electoral a favor o en contra de cualquier partido político, movimiento político o grupo significativo de ciudadanos, a través de publicaciones, estaciones oficiales de televisión y de radio o imprenta pública;

b) Coaccionar o determinar, en cualquier forma, a los empleados que están a su cargo, para que respalden alguna causa, campaña o controversia política, o con el fin de determinar la militancia política o el ejercicio del voto;

c) Utilizar bienes del Estado, información reservada o recursos del tesoro público, para participar o desarrollar las actividades o controversias políticas;

d) Realizar actividades que se relacionen con organizaciones políticas o campañas electorales, en las instalaciones de trabajo, o en desarrollo de las funciones de su cargo;

e) Durante la época de campaña electoral, favorecer con bonificaciones, u otro tipo de prebendas, a quienes dentro de la entidad a su cargo participan en su misma causa o campaña política, sin perjuicio de los concursos que en condiciones públicas de igualdad e imparcialidad ofrezcan tales posibilidades a los servidores públicos;

f) Ofrecer algún tipo de beneficio indebido a los ciudadanos o a las comunidades, que conduzca a influir en la intención de voto;

g) Participar de tiempo completo en las campañas electorales, o acceder a dignidad o representación política al interior de los partidos, movimientos políticos o grupos significativos de ciudadanos;

h) Recibir remuneración alguna por su actividad política;

i) Desde la inscripción de la candidatura hasta el día de las votaciones, los servidores públicos no podrán inaugurar obras públicas o dar inicio a programas de carácter social en reuniones o eventos en los que participen candidatos a la Presidencia y Vicepresidencia de la República, el Congreso de la República, gobernaciones departamentales, asambleas departamentales, alcaldías y concejos municipales o distritales;

j) Los gobernadores, alcaldes, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden departamental, municipal o distrital, dentro de los 4 meses anteriores a las elecciones no podrán celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, ni destinar recursos públicos de las entidades a su cargo, como tampoco de las que participen como miembros de sus juntas directivas para reuniones de carácter proselitista.

Parágrafo. La nómina del respectivo ente territorial o entidad no se podrá modificar dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, salvo que se trate de provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada, y en los casos contemplados en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004.

Artículo 6°. *Sanciones Disciplinarias.* Además de las conductas consagradas en los artículos 34 y 35 de la Ley 734 de 2002, también se consideran faltas gravísimas las prohibiciones establecidas en el artículo 5° de la presente ley.

Artículo 7°. *Derogatorias.* La presente ley deroga el artículo 10 del Decreto 2400 de 1968; el artículo 201 del Decreto 2241 de 1986; los artículos 38 y 39 de la Ley 996 de 2005, y las demás normas que le sean contrarias.

Artículo 8°. *Vigencia.* La presente ley rige a partir de la fecha de su promulgación.

Cordialmente,


CARLOS ENRIQUE SOTO JARAMILLO
 Senador de la República


 Héctor Guerrero

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Consideraciones Generales

En todas las asociaciones, desde la más pequeña hasta la más amplia, se deben tomar decisiones para la asociación en su conjunto: sobre los objetivos que deben perseguirse, sobre las reglas que deben observarse, sobre la distribución de las responsabilidades y los beneficios entre los miembros. Estas decisiones pueden llamarse colectivas, por oposición a las decisiones individuales que toman las personas en nombre propio. La democracia pertenece a esta esfera de la toma de decisiones colectivas. Plasma el ideal de que dichas decisiones, por afectar a la asociación en su conjunto, deben ser tomadas por todos sus miembros y que cada uno de ellos debe gozar del mismo derecho de tomar parte en tales decisiones. Dicho de otro modo, la democracia supone el doble principio de control popular sobre la toma colectiva de decisiones y de igualdad de derechos en el ejercicio de dicho control. Una asociación puede calificarse de democrática cuando la toma de decisiones se rige por estos principios¹.

El concepto de democracia nació en Grecia (500-250 a. C.) donde etimológica y originariamente traduce Gobierno del Pueblo, es decir, intervención de la base popular en la decisión del rumbo de la sociedad. Es por ello que este principio implica la participación de los ciudadanos.

Durante toda la historia colombiana, se han perfilado situaciones de desequilibrio social e inestabilidad gubernamental, considerándose serias modificaciones a las instituciones, los partidos políticos y otra serie de medidas, que con base en el movimiento del Frente Nacional, se procura la necesidad de una transición a la democracia. Y hasta 1991, que por medio de un movimiento ciudadano, se da un vuelco a las instituciones con la proclamación de una nueva Constitución que establece a Colombia como un Estado Social de Derecho, planteándonos el reto de generar un pacto social para la satisfacción de los derechos fundamentales y la progresiva observancia de derechos, a través de espacios democráticos (artículo 1º Constitución Política).

Con la nueva Carta Magna, se plasmaron unos derechos políticos a todos los colombianos, que previamente estuvieron consagrados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los cuales tienen una estrecha relación con la democracia, porque el ejercicio efectivo de estos es fundamental en la protección de los Derechos Humanos, que se resumen en:

1. **Derecho a participar en asuntos públicos.** Es el derecho a tomar parte en todas las cuestiones relacionadas con la vida y con el destino de su país.
2. **El derecho a votar:** Es el derecho a votar en elecciones.
3. **El derecho a ser elegido:** Es el derecho a ser designado mediante mayoría de votos para ejercer un cargo público.
4. **El derecho a tener acceso a las funciones públicas.** Es el derecho a llegar, en condiciones de igualdad, al desempeño de los cargos, dignidades y oficios que en el país se ejercen para cumplir los fines del Estado.

Los cuales se encuentran materializados en el artículo 40 de la Constitución.

Antecedentes Legislativos

En el periodo legislativo del segundo semestre del año 2010, cuando se adelantaba la discusión del proyecto de la Reforma Política - Ley 1475 de 2011, en la Comisión Primera del Senado de la República, por unanimidad los respectivos senadores respaldaron una proposición aditiva que pretendía regular este tema, siendo archivada por vencimiento de términos, volviéndose a presentar la misma en el año inmediatamente anterior, con algunas modificaciones que de igual modo las cuales fueron consideradas al interior de la comisión, pero al ser archivado el proyecto por vencimiento de términos, se ha considerado volverla a presentar a consideración del Congreso en la presente legislatura.

Antecedentes constitucionales y legales

La Constitución de 1886, determinaba en su artículo 62 tal como quedó después del Plebiscito del 1º de diciembre de 1957 (artículo 6º), de modo perentorio:

“(…)

A los empleados y funcionarios públicos de la carrera administrativa les está prohibido tomar

¹ Cuestiones sobre la democracia: Conceptos, elementos y principios básicos. David Beetham y Kevin Boyle. Los libros de la Catarata: 1996. Madrid, España.

parte en las actividades de los partidos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho del sufragio.

El quebrantamiento de esta prohibición constituye causal de mala conducta”.

Era una prohibición general y absoluta que, para tales empleos, no admitía excepciones distintas de la correspondiente al voto.

También lo era la del artículo 178, adoptado en la Reforma Constitucional de 1945, respecto de los empleados judiciales y del Ministerio Público:

“Los funcionarios de la rama jurisdiccional y los empleados subalternos de la misma, así como los del Ministerio Público, no podrán ser miembros activos de partidos políticos, ni intervenir en debates de carácter electoral, a excepción del ejercicio del sufragio. La desobediencia a este mandato es causal de mala conducta que ocasiona la pérdida del empleo”.

No obstante, la Asamblea Nacional Constituyente, el 1° de julio de 1991, votó en la sesión Plenaria con cincuenta y tres votos a favor, la posibilidad de que los empleados públicos puedan participar en actividades y controversias políticas, de conformidad a los lineamientos que establezca la ley para tal efecto, como consta según certificación expedida el 16 de julio del mismo año, por el Secretario General, publicada en la *Gaceta del Congreso* número 114 de 1991.

Con anterioridad a la expedición de la Constitución Política (julio 7 de 1991), se había regulado la participación en política de funcionarios estatales, a través del Decreto 1647 de junio 27 de 1991, que se pretendió declarar su inexequibilidad, situación propicia para que la Corte Constitucional hiciera sus primeros planteamientos sobre la viabilidad de este derecho fundamental, en ese entonces se pronunció² en los siguientes términos:

La participación de servidores públicos en actividades políticas

Objetivo primordial de la Carta Política de 1991 fue el de crear las condiciones institucionales indispensables para incrementar y desarrollar los mecanismos de participación democrática. Así lo declara el Preámbulo de la Constitución y lo consignan expresamente numerosas disposiciones, entre otras las consagradas en los artículos 1° y 2° –la participación como característica y fin esencial del Estado–; 3° –la titularidad de la soberanía en cabeza del pueblo, que la ejerce directamente o por medio de sus representantes–; 40 –derecho de todo ciudadano a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político–; 95 –deber de participar en la vida política, cívica y comunitaria del país–; 99 y 100 –ejercicio de derechos políticos–; 103 a 106 –

mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía–; 107 a 111 –partidos y movimientos políticos–; 112 –estatuto de la oposición–; 155 –iniciativa popular legislativa–; 170 –derogatoria de leyes por voto popular–; 258 a 263 –sufragio y elecciones–; 303 y 314 –elección popular de gobernadores y alcaldes–; 374 a 379 –participación popular en reformas constitucionales–.

De acuerdo con una de las normas mencionadas, la del artículo 40 de la Constitución, todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político y, para hacer efectivo este derecho, puede, además de elegir y ser elegido, tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática, constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna; formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas, entre otras actividades.

El artículo 95 ibídem señala como deber del ciudadano el de participar en la vida política, cívica y comunitaria del país.

Con estas normas y con la del artículo 127, inciso 3°, buscó la Constitución abrir nuevas oportunidades de practicar la democracia.

Y es que, como ya lo subrayó esta Corte en Sentencia número T-03 del 11 de mayo de 1992, el principio de la participación se constituye en elemento esencial dentro de la filosofía política que inspira la Carta y en sustento innegable de las nuevas instituciones. El texto de la papeleta mediante la cual el pueblo colombiano votó el 27 de mayo de 1990 por la convocatoria de una Asamblea Constituyente tenía por único propósito expreso el de “fortalecer la democracia participativa”.

(...)

Es claro que el tema específico de la participación de los servidores públicos en actividades partidistas, que constituye objeto del presente proceso, no puede comprenderse a cabalidad ni es posible hacer adecuada interpretación del actual régimen constitucional sobre la materia sin tener en cuenta los referidos criterios directrices del ordenamiento superior, en cuya virtud se quiso ampliar, profundizar y extender los instrumentos y las vías de efectiva participación política.

(...)

Conviene, para los fines de esta providencia, reproducir el análisis efectuado por la Sala Primera de Revisión de la Corte (Sentencia número T-438 del 1° de julio de 1992. Magistrado Ponente: Doctor Eduardo Cifuentes Muñoz), en torno a los antecedentes constitucionales de la disposición en vigor sobre la materia:

“4. En la Comisión Tercera encargada de redactar el articulado sobre la estructura del Estado tuvo especial importancia el tema del régimen del

² Sentencia C-454 de 1993. Octubre 13 de 1993. Magistrado Ponente, doctor José Gregorio Hernández.

servidor público. Los debates estuvieron marcados por la idea de la modernización de la administración y de la eliminación de viejas prácticas clientelistas propiciadas por los servidores públicos, consideradas como causa de inmoralidad y descrédito de las instituciones del Estado.

En el marco de estas preocupaciones tuvo lugar la polémica sobre la intervención en política de los empleados públicos, que finalmente daría lugar a la votación del artículo 127 de la Constitución.

La discusión puso en evidencia la existencia de dos posiciones encontradas. La primera de ellas era partidaria de la prohibición constitucional como regla general; la segunda, en cambio, prefería la permisividad constitucional como regla general.

5. Los principales defensores de la tesis según la cual la participación en política de los funcionarios públicos, en cualquiera de sus manifestaciones y para toda clase de servidores del Estado, debía estar prohibida, fueron los delegatarios Hernando Yepes y María Teresa Garcés, quienes presentaron el siguiente texto a consideración de la Plenaria:

“Artículo 5°. A los servidores públicos les está prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y en las controversias políticas sin perjuicio que ejerzan el derecho al sufragio. El quebrantamiento de esta prohibición constituye causal de mala conducta”.

6. Por otra parte estaban los partidarios de que se permitiera como regla general la participación en política de los empleados públicos.

En este grupo existían dos tendencias: la primera de ellas consideraba que cualquier excepción a la regla general de la participación debía estar consagrada en la Constitución y al respecto presentaron el siguiente texto:

“Artículo 5A. A los funcionarios públicos que detentan jurisdicción y mando o cargo de dirección administrativa, así como todos los que están vinculados a la rama jurisdiccional, la electoral y los mecanismos de control les está prohibido tomar parte en las actividades de partido o movimientos políticos, en las controversias políticas e intervenir en debates de carácter electoral sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio. El quebrantamiento de esta prohibición será causal de mala conducta”.

La segunda tendencia del grupo de los partidarios de la permisividad sostenía que correspondía al legislador establecer todo lo relacionado con la posibilidad de la participación en política de los funcionarios públicos. Entre los defensores de esta idea se encontraban los constituyentes Jesús Pérez, Eduardo Espinosa, así como la propuesta de la Cámara de Representantes y la del Gobierno Nacional.

(...)

7. Luego de este debate, la mayoría de constituyentes fueron partidarios de abolir la prohibición que se tenía a todos los empleados públicos de intervenir en política. Se pensó que la prohibición era demasiado restrictiva, que si bien frente a ciertos funcionarios se justificaba la prohibición, frente a otros no era razonable y podía conducir a excesos e injusticias.

(...)

En la Plenaria del 1° de julio se decidió incluir dentro del artículo de incompatibilidades del servidor público este artículo que estaba disgregado de este capítulo, donde la prohibición de intervenir en política se convirtió en la excepción dentro de la regla y será al legislador a quien le corresponderá establecer la forma de acceso de los servidores públicos al plano de la actividad política”.

Por ello, la Corte Constitucional ha reiterado el concepto de participación como derecho fundamental y como uno de los conceptos con mayor arraigo en la Constitución de 1991:

“No puede ser ajeno a la garantía constitucional de los derechos esenciales del hombre el ejercicio cierto de los que se enmarcan dentro del ámbito de la participación política, ya que estos también son inherentes a la naturaleza humana, la cual exige, como algo derivado de su racionalidad, la opción de tomar parte en el manejo de los asuntos públicos. Ello, desde luego, sobre la base de que exista con el Estado el vínculo de la nacionalidad y de que se cumplan los requerimientos constitucionales y legales para su ejercicio” (Cfr. Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. Sentencia T-03 del 11 de mayo de 1992).

“Los derechos políticos de participación (C. P. Artículo 40) hacen parte de los derechos fundamentales de la persona humana. El hombre sólo adquiere su real dimensión de ser humano mediante el reconocimiento del otro y de su condición inalienable como sujeto igualmente libre. Los derechos de participación en la dirección política de la sociedad constituyen una esfera indispensable para la autodeterminación de la persona (C. P. Artículo 16), el aseguramiento de la convivencia pacífica y la consecución de un orden justo (C. P. Preámbulo, artículo 2°)”. (Cfr. Corte Constitucional. Sala Segunda de Revisión. Sentencia T-439, 2 de junio de 1992. Magistrado Ponente: Doctor Eduardo Cifuentes Muñoz).

Del mandato constitucional transcrito se deducen sin dificultad los principios aplicables al asunto del que se ocupa la Corte:

1. La prohibición de tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos y en las controversias políticas no es general para los servidores del Estado y de sus entidades descentralizadas, sino que únicamente cobija a quienes encajen dentro de

las hipótesis planteadas en la norma, cuyo alcance es, por lo tanto, restringido.

La regla general consiste hoy en permitir tales actividades aun a los servidores públicos, con las siguientes excepciones:

a) Aquellos que –bien al servicio del Estado o de sus entidades descentralizadas– ejercen jurisdicción, autoridad civil o política o cargos de dirección administrativa. Se trata únicamente de aquellos empleados que **adoptan decisiones** en cualquiera de los campos dichos;

b) Quienes integran la rama judicial, o los órganos electoral o de control. Aquí no interesa el nivel del cargo que se desempeñe sino el papel que juega, dentro de la organización del Estado, el cuerpo al que se pertenece. Se trata de una garantía adicional de plena imparcialidad e independencia del empleado.

2. En todo caso, no resulta afectado el ejercicio del derecho al sufragio.

3. Los empleados no comprendidos en la prohibición están autorizados expresamente por la propia Constitución para participar en esas actividades y controversias. Se deja en cabeza de la ley la definición de **las condiciones** en que ello se haga, pero no la potestad de extender la prohibición más allá de la previsión constitucional.

(...)

El artículo 209 de la Constitución, aplicable a los servidores públicos mencionados en la norma que se examina, define con claridad el ámbito de la función administrativa y declara que ella está al servicio de los intereses generales, señalando la imparcialidad como uno de los principios en los cuales se fundamenta.

Considera la Corte que existen linderos precisos, fijados por la misma Constitución, entre el derecho individual que, como persona, tiene el servidor público cobijado por el inciso 3° del artículo 127 de ella –que le permite tomar parte en actividades y controversias políticas en las condiciones que señale la ley– y la actividad que, como servidor público, desarrolla, la cual está exclusivamente enderezada al cumplimiento de las funciones que le imponen la Constitución, la ley y el reglamento (artículos 122, 123 y 209 C. N.).

Por ello, abusa de sus derechos el empleado o funcionario que utiliza los elementos de su despacho para hacer proselitismo o para desempeñar en cualquier sentido la actividad política; el que dispone del tiempo de servicio u horario de trabajo para gestionar ese tipo de intereses; el que usa con los mismos fines información reservada tomada de los archivos de la entidad pública a los cuales tiene acceso por razón de su cargo; el que ejerce sus competencias de modo tal que inclina la balanza

del aparato estatal a favor de una determinada corriente o movimiento político.

En fin, la participación en política –hoy permitida por la Constitución en los términos dichos– no dispensa al servidor del Estado del cumplimiento de sus deberes constitucionales ni puede interferir con la actividad pública y si acontece que estos principios resultan contrariados en la práctica, se tiene un abuso del derecho, sancionable con arreglo a las leyes. Ello explica normas como la del inciso final del artículo 127 y la del artículo 110, a cuyo tenor está prohibido a quienes desempeñan funciones públicas hacer contribución alguna a los partidos, movimientos o candidatos, o inducir a otros a que lo hagan, salvo las excepciones que establezca la ley. El incumplimiento de cualquiera de estas prohibiciones –dice la norma– será causal de remoción del cargo o de pérdida de la investidura.

Con base en las anteriores consideraciones, se puede definir que todos los derechos políticos que tienen los servidores públicos están totalmente autorizados, pero que actualmente se encuentran castrados porque no existe norma alguna que regule el tema atinente a su participación activa en el ejercicio del poder político, a través de la difusión de las ideas y programas de partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna (artículo 40 Núm. 3 Constitución Política).

Después de 14 años, con la expedición de la Ley 996 de 2005, culminó favorablemente la regulación de la participación en política de los servidores públicos, la cual innumerables veces fue considerada en las entrañas del Congreso de la República.

En tal ocasión, a través del Título III de la citada ley, se dispuso los parámetros mediante los cuales los servidores públicos podían hacer proselitismo político y estableciendo prohibiciones como complemento de esta actividad, estableciendo:

Artículo 37. Intervención en política de los servidores públicos. A excepción de los empleados del Estado que se desempeñen en la Rama Judicial, en los órganos electorales, de control y de seguridad, los demás servidores públicos autorizados por la Constitución podrán participar en las actividades de los partidos o movimientos políticos, movimientos sociales o grupos significativos de ciudadanos, sin ostentar en ellos representación alguna en sus órganos de gobierno o administración, ni dignidad en los mismos o vocería, según los términos establecidos por la presente ley. No podrán recibir remuneración alguna por el desarrollo de sus actividades políticas, mientras se desempeñen como servidores del Estado.

Parágrafo. Quedan exceptuados de las limitaciones establecidas en el presente artículo, los Congresistas, Diputados, Concejales y Ediles, así como los funcionarios de las respectivas corpora-

ciones, en los términos y de conformidad con la legislación que los rige.

Artículo 39. Se permite a los servidores públicos. Los servidores públicos, en su respectiva jurisdicción, podrán:

1. Participar en simposios, conferencias, foros, congresos que organicen sus partidos.
2. Inscribirse como miembros o militantes de sus partidos.
3. Formar parte como miembros permanentes de la organización de base de los centros de estudio o academias de formación de los partidos, sin ostentar cargo de dirección o dignidad en la respectiva organización.
4. Contribuir a los fondos de sus partidos, movimientos y/o candidatos, pero en ningún caso podrán autorizar libranzas a cargo de su remuneración como servidores públicos.

No obstante, mediante Sentencia C-1153 de 2005³, la Corte Constitucional declaró inexecutable estos postulados normativos, considerando *grosso modo*, por la falta de determinación en la regulación, al no fijar límites concretos a una actuación que si bien es permitida, es de forma excepcional; al respecto se pronunció en el siguiente sentido:

TÍTULO III. Participación en política de los servidores públicos

a) Artículo 37. Intervención en política de los servidores públicos

(...)

Si bien el artículo 127 constitucional prevé la participación en política de los funcionarios públicos, y el inciso 1° del artículo indica que existe una prohibición general para tal participación y que de permitirse la actuación de los funcionarios estará subordinada a la ley estatutaria, la Sala encuentra que el artículo 37 no es claro ni específico en la determinación de las condiciones de participación.

La falta de determinación hace insuficiente la regulación, puesto que no fija límites a una actuación que si bien permitida por la Carta lo es en forma excepcional y no como regla general. Tal apertura de la disposición deriva en la posibilidad de que la participación en política termine yendo en detrimento del desarrollo de la función pública en virtud del olvido de las tareas encomendadas en la ley a los funcionarios en razón de la dedicación a las actividades políticas.

El proyecto de ley estatutaria debió fijar las condiciones para que los servidores públicos diferentes al Presidente pudieran participar en política. Lo anterior con el fin de promover el equilibrio entre los candidatos, velar porque el ejercicio de la actividad política no opacara el desarrollo de las

funciones públicas al servicio del interés general y evitar abusos en cabeza de quienes ostentan cargos públicos. La indeterminación de la manera en que, en el artículo 37, se pretendió desarrollar la regulación necesaria para el ejercicio de la actividad política permite toda forma de participación en tal área a favor o en contra de cualquier candidato. Lo anterior, no importando la capacidad de aprovechar la situación de poder del funcionario, por ejemplo, como ministro, director de entidad, alcalde o gobernador. Esta amplitud, se repite, contraría la Carta.

La Corte precisa no obstante, que la declaratoria de inexecutable del artículo en estudio se da sin perjuicio de que una ley estatutaria posterior desarrolle la materia. (Subrayado fuera de texto),

En consecuencia, la Corte declarará inexecutable el artículo 37.

(...)

b) Artículo 39.

El legislador en el artículo 39 estableció varias formas de participación en política de los servidores públicos, a saber:

- Participación en simposios, conferencias, foros o congresos organizados por el partido.
- Inscribirse como miembros o militantes del partido.
- Ser parte de los miembros permanentes de la organización de base de los centros de estudio o academias de formación de los partidos no ostentando cargo de dirección o dignidad en la organización.
- Contribuir a los fondos de los partidos, movimientos y/o candidatos, sin que esto implique autorizar libranzas a cargo de su remuneración como servidores públicos.

En primer lugar, la Corte no encuentra objeción alguna al hecho de que se permita la inscripción como miembro de partido al servidor público que participa en política, pues la inscripción a un partido es una de las formas mínimas o básicas del ejercicio de los derechos políticos de todo ciudadano y no implica, propiamente, una intervención en política de los funcionarios públicos. No obstante, no sucede igual con la expresión “o militantes” contenida en el numeral segundo del artículo 39, puesto que la posibilidad de participar activamente en una campaña electoral, implicada en la acción de militar, es demasiado amplia e indeterminada, más aún cuando no se prevé bajo qué circunstancias de modo, tiempo y lugar puede darse tal militancia.

Padecen de la misma vaguedad los numerales primero, tercero y cuarto. En efecto, no se define de qué manera, durante cuánto tiempo y en qué espacios físicos el funcionario público que intervenga en política podrá participar en simposios, conferencias, foros y congresos organizados por el partido; tampoco se definen tales circunstancias

³ Noviembre 11 de 2005. Magistrado Ponente: Doctor Marco Gerardo Monroy Cabra.

para la participación como miembros permanentes de la organización de base de los centros de estudios o academias del partido.

Por su parte, en lo atinente a la contribución a los fondos de los partidos, movimientos y/o candidatos la ley no regula siquiera de manera mínima el monto, el momento y la forma (en dinero, en especie o con el servicio mismo del funcionario público) en que tales contribuciones pueden darse.

La inexecutable de los apartes indicados se refuerza aún más teniendo en cuenta la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 37 que preveía, en términos generales, la participación en política de los funcionarios públicos.

Por tanto, la Sala declarará exequible el 39, salvo los numerales primero, tercero y cuarto, así como la expresión “o militantes”, numerales y expresión que se declaran inexecutable. Retiradas del ordenamiento jurídico las expresiones anteriores, el texto restante del artículo en cuestión, que se declara exequible, se limita a autorizar a los servidores públicos a inscribirse como miembros de sus partidos.

Con base en esta circunstancia, que nuevamente deja sin piso jurídico el ejercicio de un derecho político, la Procuraduría General de la Nación, mediante Directiva Unificada número 023 del 27 de enero de 2006, pretendió establecer unas directrices, en aras de evitar las recurrentes prácticas sancionables por la intervención en política o uso indebido de los bienes públicos (inmuebles, muebles y medios de comunicación masivos o telemáticos) durante el periodo pre- y electoral, estipulando además de la prohibición general de participar en política, la proscripción de:

3.1 Presionar, constreñir o determinar, en cualquier forma, a subalternos para que respalden algún candidato, causa, campaña o controversia política.

3.2 Difundir propaganda electoral a favor o en contra de cualquier partido, agrupación o movimiento político, a través de publicaciones, estaciones oficiales de televisión, radio o imprenta pública, a excepción de las intervenciones autorizadas en el artículo 23 de Ley 996 de 2005.

3.3 Aumentar los recursos destinados a la publicidad del Estado.

3.4 Favorecer con promociones, bonificaciones o ascensos indebidos a quienes, dentro de la entidad a su cargo, participen en su misma causa o campaña política.

3.5 Ofrecer cualquier tipo de beneficio directo, particular, inmediato e indebido para los ciudadanos o para las comunidades, mediante obras o actuaciones de la Administración Pública, con el objeto de influir en la intención de voto.

3.6 Inaugurar obras públicas y dar inicio a programas de carácter social en reuniones o eventos en los que participen candidatos a la Presidencia y Vicepresidencia de la República, al Congreso de la República, u otros cargos de elección popular, o sus voceros.

3.7 Destinar los recursos públicos de las entidades a su cargo, o los de aquellas en las que participe como miembro de sus juntas directivas, para el financiamiento de reuniones de carácter proselitista.

3.8 Efectuar contribuciones a los partidos, movimientos políticos o candidatos, o inducir a otros para que lo hagan.

3.9 Utilizar sus cargos para participar en las actividades de los partidos, movimientos políticos o controversias del mismo orden”.

Todas las normas que hemos citado, jurisprudencia y directivas, consolidan los antecedentes a un tema tan importante como lo es el que se pretende regular con la presente iniciativa legislativa, que tiene el respaldo de la mayoría de los partidos políticos con representación en el Congreso de la República, y de aquellos ciudadanos que ejercen en forma directa sus funciones como servidores públicos, por lo cual consideramos que el Congreso de la República no puede desaprovechar esta oportunidad y legitimar la regulación de un derecho político consagrado constitucionalmente.

Es con los precedentes argumentos que presentamos esta iniciativa legislativa, con la finalidad de esperar que el Congreso de la República dé su aval a este propósito de carácter nacional que se deriva de nuestra propuesta, en aras de obtener una mayor proyección del verdadero significado que tiene el principio democrático dentro del Estado Social de Derecho que fundamenta a Colombia, a través del eficiente ejercicio de los derechos políticos que tienen los servidores públicos.

Cordialmente,


CARLOS ENRIQUE SOTO JARAMILLO
Senador de la República


Héctor J. Hurtado

SENADO DE LA REPÚBLICA
SECRETARÍA GENERAL

Tramitación Leyes

Bogotá, D. C., 26 de marzo de 2012

Señor Presidente:

Con el fin de que se proceda a repartir el Proyecto de ley número 216 de 2012 Senado, *por medio de la cual se reglamenta la participación en política de los servidores públicos, de conformidad al inciso 3° del artículo 127 de la Constitución Política de Colombia, 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 Primera Constitucional Permanente, de conformidad con las disposiciones reglamentarias y de ley.

El Secretario General,

Emilio Otero Dajud.

PRESIDENCIA DEL HONORABLE SENADO
DE LA REPÚBLICA

Bogotá, D. C., 26 de marzo de 2012

De conformidad con el informe de Secretaría General, dese por repartido el proyecto de ley de la referencia a la Comisión Primera Constitucional y envíese copia del mismo a la Imprenta Nacional con el fin de que sea publicado en la *Gaceta del Congreso*.

Cumplase.

El Presidente del honorable Senado de la República,

Juan Manuel Corzo Román.

El Secretario General del honorable Senado de la República,

Emilio Otero Dajud.

* * *

**PROYECTO DE LEY NÚMERO 215
DE 2012 SENADO**

por la cual se estatuyen las vacaciones individuales de la Rama Judicial.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1°. *Objeto.* La presente ley tiene por objeto regular el disfrute del derecho al descanso remunerado de los funcionarios y empleados públicos de la Rama Judicial, con el fin de mejorar la eficiencia del servicio público esencial de Administración de Justicia.

Artículo 2°. *Vacaciones.* Los funcionarios y empleados de la Rama Judicial tienen derecho a quince (15) días hábiles consecutivos de vacaciones individuales, por cada año de servicio.

Artículo 3°. *Encargo por vacaciones.* Mientras el funcionario o empleado de la Rama Judicial se encuentre disfrutando de las vacaciones individuales, se designará en encargo a la persona que ocupe el primer puesto de la lista de elegibles.

Cuando no exista lista de elegibles para el cargo a ocupar, se designará a una persona que reúna los requisitos del cargo.

Artículo 4°. *Procedimiento.* Tratándose de empleados de la Rama Judicial, el nominador designará dentro del mes anterior al disfrute de las vacaciones del empleado beneficiado a la persona que reúna los requisitos.

Los funcionarios judiciales deberán designar a la persona que desempeñará sus funciones mientras se encuentre disfrutando su periodo de vacaciones, antes de hacer buen uso de estas.

El nombramiento se comunicará dentro de los cinco días siguientes para que el seleccionado lo acepte o se rehúse, en este último caso, se designará otra persona.

La persona que haya aceptado el nombramiento tomará posesión del cargo el día en que inician las vacaciones del titular, y será retirado, el día en que el titular retome el cargo.

Artículo 5°. *Régimen de transición.* Las vacaciones de los empleados y funcionarios de la Rama Judicial que se vienen desempeñando en el cargo, seguirán siendo reconocidas en la forma en que se viene haciendo hasta el 10 de enero de 2013.

Artículo 6°. *Vigencia.* La presente ley rige a partir de su promulgación y deroga las disposiciones que le sean contrarias.

Cordialmente,

Carlos Enrique Soto Jaramillo,

Senador de la República.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El presente proyecto de ley, por el cual se estatuyen las vacaciones individuales de la Rama Judicial, es prueba de que la ciencia jurídica debe evolucionar al paso de los fenómenos sociales.

Nadie ignora los problemas de congestión que sobrelleva actualmente la Rama Judicial del Poder Público, asunto de gran trascendencia, dado el valor que tiene la justicia para nuestro Estado.

Con esas consideraciones primarias, la presente iniciativa se soporta en los siguientes postulados:

1. Colombia tiene como fin llegar a la paz, derecho fundamental que solo puede ser alcanzado cuando se mantienen niveles adecuados de justicia.

2. Para que exista una verdadera justicia es necesario que se dé una efectiva solución a los casos.

3. La solución efectiva de los casos es proporcionada por la Rama Judicial, mediante el desempeño de la función de administrar justicia.

4. Toda función administrativa es de carácter permanente, porque el Estado no descansa en momento alguno.

5. El acceso a la Administración de Justicia es un derecho fundamental y un servicio público esencial.

6. Debe existir una verdadera colaboración de los poderes para el cumplimiento de los fines del Estado.

7. La congestión judicial es un verdadero estado de cosas inconstitucionales.

8. La vacancia judicial es un problema social enorme que contribuye a aumentar la ineficacia judicial.

9. El derecho a las vacaciones es un derecho que debe acomodarse a la realidad del país, sin que con ello se desconozcan los mínimos establecidos en el ordenamiento jurídico.

10. Las situaciones administrativas de los empleados públicos, entre las que se encuentran las vacaciones, son cubiertas mediante encargo, de forma que la prestación del servicio no se vea interrumpida.

En el orden expresado obsérvese lo siguiente:

Mientras no se obtenga la protección jurídica que corresponda, no se podrá hablar de justicia.

La jurisdicción tiene su fuente en la soberanía del Estado, en la capacidad de hacer cumplir las disposiciones que él prevé, y esta a su turno, se ejerce por conducto de algunos órganos, que tienen como fin el de cumplir con un cometido cual es el brindar una oportuna y efectiva Administración de Justicia. Toda persona debe saber que la traducción del ordenamiento jurídico tiene su efectiva materialización en las instancias de la Rama Judicial.

El simple acceso a la Administración de Justicia no se encuentra completo cuando no materializa su finalidad, cual es la de encontrar la solución concreta al asunto de que se trate.

Lo dicho se compagina con lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia que dispone “La Administración de Justicia es la parte de la función pública que cumple el Estado encargada por la Constitución Política y la ley de **hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagrados en ellas, con**

el fin de realizar la convivencia social y lograr y mantener la concordia nacional”.

La Corte Constitucional ha establecido, como puede verse entre otras en la Sentencia T-954 de 2006, que el acceso a la Administración de Justicia debe garantizarse de forma material y efectiva.

Debe hacerse énfasis en que la Administración de Justicia como función pública estatal de naturaleza esencial, es la que permite que las personas cuenten con la posibilidad de recibir la justicia en una situación determinada, instaurando un proceso “*promoviendo la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones que se le formulen. El artículo 229 Superior reconoce a todas las personas el derecho a obtener tutela judicial efectiva por parte de los jueces y tribunales que integran la Administración de Justicia, garantía que entraña la posibilidad de acudir libremente a la jurisdicción siendo parte en un proceso promoviendo la actividad jurisdiccional que concluya con una decisión final motivada, razonable y fundada en el sistema de fuentes*”⁴. (Negrilla y cursiva fuera de texto).

El que todo se haga tal como el derecho dice que debe hacerse y no de otra forma, es una necesidad que se soporta entre otras, en que si bien el Estado utiliza la fuerza para hacer cumplir las disposiciones, esta se separa de una fuerza ordinaria (como puede ser la justicia de propia mano).

No obstante lo anterior, nuestro ordenamiento jurídico ha sido incapaz de materializar las órdenes constitucionales que así lo disponen:

Constitución Política.

Artículo 228. *La Administración de Justicia es función pública.* Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. **Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.**

Artículo 229. Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la Administración de Justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado.

Función de administrar justicia

La función de administrar justicia es permanente, y no puede parar en ningún momento. Para el efecto, obsérvese el artículo 12 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, que dice: “*La función*

4 Sentencia de la Corte Constitucional C-893 de 2001, Magistrada Ponente, doctora Clara Inés Vargas.

jurisdiccional se ejerce como propia y habitual y de manera permanente por las corporaciones y personas dotadas de investidura legal para hacerlo”.

“... la función de administrar justicia exige la intervención del Estado por conducto de los órganos investidos de jurisdicción y, a su vez, que los sujetos entre quienes existe la controversia concurren a ellos para que se les resuelva”⁵. Así, suele enseñarse que la jurisdicción se caracteriza por ser general, exclusiva, permanente e independiente.

Al respecto valga precisar: *“permanente. La jurisdicción es permanente, pues se ejerce sin interrupción alguna, o sea, que los distintos órganos que la componen cumplen sus funciones de manera ininterrumpida o continua. ...”⁶. (Negrilla y cursiva fuera de texto).*

Con la descripción anterior, cabe preguntarse qué pasa con dicha función cuando se encuentran cerrados los juzgados por motivo de la vacancia judicial.

Imagine el lector que se está conociendo de una acción de tutela que ingresa 5 días antes de que inicie la vacancia, en ese caso, el accionante debe esperar que pasen los 22 días calendario que dura el receso, y otros 5 días más que quedaron pendientes, ¿es ello compatible con la urgencia de la acción?

Se dimensiona con mayor claridad lo dicho, al observar que los cargos públicos solo pueden crearse, y existen, para satisfacer necesidades permanentes de la Administración Pública. De lo contrario se debe hacer uso de otras instituciones como lo son los supernumerarios y la contratación administrativa de prestación de servicios.

Estas nociones se ven plenamente identificadas con las previstas en las siguientes normas:

Constitución Política.

Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La Administración Pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.

Ley 489 de 1998.

Artículo 4°. *Finalidades de la función administrativa.* La función administrativa del Estado busca la satisfacción de las necesidades generales de todos

los habitantes, de conformidad con los principios, finalidades y cometidos consagrados en la Constitución Política.

Los organismos, entidades y personas encargadas, de manera permanente o transitoria, del ejercicio de funciones administrativas deben ejercerlas consultando el interés general.

Aunado a lo expuesto sobre su carácter permanente, debe decirse que legalmente se encuentra previsto que la función de administrar justicia es un servicio público esencial.

Servicio público esencial

La misma noción de servicio público es ilustrativa **“SE CONSIDERA SERVICIO PÚBLICO TODA ACTIVIDAD ORGANIZADA QUE TIENDA A SATISFACER NECESIDADES DE INTERÉS GENERAL EN FORMA REGULAR Y CONTINUA, de acuerdo con un régimen jurídico especial, bien que se realice por el Estado directa o indirectamente, o por personas privadas”**. (Negrilla, cursiva y subrayas fuera de texto). Constitucionalmente el artículo 365⁷ evidencia además que los servicios públicos son inherentes a la finalidad del Estado.

La Administración de Justicia es un servicio público esencial por cuanto es vital para la comunidad, la continuidad del ordenamiento jurídico, y la paz.

La Corte Constitucional, en Sentencia C-450 de 1995, se ha expresado frente al tema, de la siguiente forma: ***“El carácter esencial de un servicio público se predica, cuando las actividades que lo conforman contribuyen de modo directo y concreto a la protección de bienes o a la satisfacción de intereses o a la realización de valores, ligados con el respeto, vigencia, ejercicio y efectividad de los derechos y libertades fundamentales, ello es así, en razón de la preeminencia que se reconoce a los derechos fundamentales de la persona y de las garantías dispuestas para su amparo, con el fin de asegurar su respeto y efectividad”***. (Negrilla y cursiva fuera de texto).

⁷ ARTÍCULO 365. Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.

⁵ Ibídem 4.

⁶ Ibídem 4.

ES NECESARIO QUE EL ESTADO GARANTICE ENTONCES, LA CONTINUIDAD EN LA PRESTACIÓN DE CIERTOS SERVICIOS PÚBLICOS ESENCIALES, POR LOS GRAVES EFECTOS QUE SU INTERRUPTIÓN PODRÍA TENER EN LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS.

Esta verdad se dimensiona en la ley estatutaria de la Administración de Justicia cuando en sus artículos 153 y 154, se establece:

Artículo 153. *Deberes.* Son deberes de los funcionarios y empleados, según corresponda, los siguientes:

...

7. Observar estrictamente el horario de trabajo así como los términos fijados para atender los distintos asuntos y diligencias.

Artículo 154. *Prohibiciones.* A los funcionarios y empleados de la Rama Judicial, según el caso, les está prohibido:

...

2. Abandonar o suspender sus labores sin autorización previa.

Pero se contradice, cuando permite que de forma colectiva, casi todos, los funcionarios y empleados de la Rama Judicial, gocen del derecho a las vacaciones remuneradas. La dimensión de esa decisión es incalculablemente alta y perjudicial, pues se cree proteger la estabilidad del sistema pero en realidad se le está fallando al país.

Colaboración de los poderes y cumplimiento de fines constitucionales

La nociva situación enunciada no se compagina con una verdadera colaboración de los poderes, con la meta de cumplir los fines constitucionales y con la realidad social, como se pasará a ver en los siguientes apartes.

Cómo se puede en los términos del preámbulo constitucional “asegurar a sus integrantes la justicia”, cuando más de la mitad de la Rama Judicial que es competente para garantizar los derechos fundamentales de las personas está en vacaciones. La violación de los derechos no ocurre solo entre la semana laboral, y entre el 10 de enero y el 16 de diciembre de cada año.

Cómo se garantiza promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, así como asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo si la Rama Judicial deja de cumplir con su función de administrar justicia. (Se aclara aquí de antemano que no se está contradiciendo con lo dicho el derecho al descanso remunerado

de las personas que desempeñan la función, sino el hecho mismo de que no exista quien la cumpla mientras así lo hace, y de otro lado, el fenómeno que todos lo realicen al unísono).

La aspiración de que todo sea tal como el ordenamiento establece que debe ser, y el control continuo a los poderes públicos requiere de la participación del guardián de los derechos, mediante la solución jurídica de los eventos que se pongan a su conocimiento.

Obsérvese cómo a pesar de que la Constitución les adjudica a los miembros de la Procuraduría General (artículo 280) los mismos derechos, el Procurador General de la Nación, mediante Resolución 374 de 2011, reorganizó el acceso a las vacaciones colectivas, con el fin de mejorar la eficiencia del servicio, de manera que las vacaciones de los funcionarios se den de forma individual. Entendiendo con ello que la vacancia colectiva no contribuye en forma alguna a materializar los postulados del artículo 209 de la Constitución.

Estado de cosas inconstitucionales

El Estado de cosas inconstitucionales es un concepto que viene haciendo aparición aproximadamente desde el año 2004.

Sin lugar a dudar, puede estimarse que en el Estado colombiano la Administración de Justicia se encuentra en un grado de inconstitucionalidad, anterior y posterior a la Constitución de 1991, debido a la congestión judicial.

Prueba de lo dicho es que en la ley estatutaria de Administración de Justicia, artículo 87 numeral 2, se estableció que el plan de desarrollo de la Rama Judicial debía comprender uno para la ELIMINACIÓN DEL ATRASO Y LA CONGESTIÓN DE LOS DESPACHOS JUDICIALES.

A su turno, es de recalcar que el artículo 228 de la Constitución, después de transcurridos más de 20 años de haber sido adoptado, jamás ha tenido una verdadera aplicación, pues allí se dispone que “*Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado*”.

Con esta situación evidente, el legislador de 1996 imaginó que podían mantenerse disposiciones que venían de tiempo atrás, como la vacancia judicial que está prevista desde 1971, sin causar con ello perjuicio alguno, más cuando se preveían disposiciones de descongestión.

No obstante, hoy nos damos cuenta de que la descongestión nunca ocurrió; además, la realidad es que con una interpretación sistemática que comprenda, de un lado, el entorno social, es decir, la globalización y aumento poblacional y por tanto de

demanda de justicia, y por otro lado, las disposiciones constitucionales y las previstas en la ley estatutaria de la Administración de Justicia, la vacancia judicial debe modificarse al nuevo entorno que la rodea.

Los 15 días hábiles comunes de descanso remunerado para casi toda la Rama Judicial, son en realidad casi un mes calendario, durante el cual, no se mueve ningún proceso, y sí por el contrario, se crean nuevas necesidades de justicia.

Es cierto, que la vacancia judicial no es el único factor de congestión, pero sí es un factor que debemos modificar, en pro de hacer vividas las previsiones del artículo 228 de la Constitución y 4° de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia que dispone: **“La Administración de Justicia debe ser pronta, cumplida y eficaz en la solución de fondo de los asuntos que se sometan a su conocimiento. Los términos procesales serán perentorios y de estricto cumplimiento por parte de los funcionarios judiciales. Su violación injustificada constituye causal de mala conducta, sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar. Lo mismo se aplicará respecto de los titulares de la función disciplinaria. ...”**

Debe aclararse además, que la importancia que tiene el modificar la vacancia judicial colectiva, yace en que la función de administrar justicia es permanente, y no puede parar en ningún momento. Para el efecto, obsérvese el artículo 12 de la Ley Estatutaria de la Administración de justicia, que dice: **“La función jurisdiccional se ejerce como propia y habitual y de manera permanente por las corporaciones y personas dotadas de investidura legal para hacerlo”**. Razón por la que, si bien la persona natural que desempeña el cargo dentro de la estructura de la Rama Judicial y por tanto la función, se ausenta temporalmente del ejercicio de la misma, por motivo de vacaciones, ello no puede significar que la función no sea ejercida, téngase en cuenta a manera de ejemplo, que cuando ello sucede en la Rama Legislativa o Ejecutiva, la función la desarrolla en encargo otra persona, mientras que el titular la retoma.

Vacaciones

Las vacaciones constituyen un derecho del trabajador a recibir un descanso remunerado. Ellas no tienen carácter prestacional, puesto que no son un auxilio del patrono, como tampoco carácter salarial, al no retribuir un servicio prestado⁸.

Siguiendo los parámetros constitucionales adoptados por la Corte Constitucional, se entiende que **“En nuestra legislación las vacaciones se erigen como el**

derecho a un descanso remunerado por las labores desarrolladas al servicio del empleador, quien a su vez tiene el deber de causarlas contablemente, al igual que la obligación de pagarlas al empleado dentro de los términos de ley. Es decir, el empleado tiene derecho al disfrute de un tiempo libre a título de vacaciones, durante el lapso legalmente causado y con el pago previo de ese derecho, pues no sería justo ni razonable el que un trabajador saliera a “disfrutar” sus vacaciones desprovisto del correspondiente ingreso económico. Claro es que unas vacaciones carentes de recursos se tornarían en un hecho contraproducente a los intereses y derechos del titular y su familia, ante la permanencia del gasto que implica su existencia y desarrollo.

...

Uno de los derechos fundamentales del trabajador, es el derecho al descanso. El derecho de todo trabajador de cesar en su actividad por un período de tiempo, tiene como fines, entre otros, permitirle recuperar las energías gastadas en la actividad que desempeña, proteger su salud física y mental, el desarrollo de la labor con mayor eficiencia, y la posibilidad de atender otras tareas que permitan su desarrollo integral como persona. El descanso está consagrado como uno de los principios mínimos fundamentales que debe contener el Estatuto del Trabajo y, por ende, debe entenderse como uno de los derechos fundamentales del trabajador. La legislación laboral consagra como regla general, la obligación de todo empleador de dar descanso dominical remunerado a todos sus trabajadores. Este derecho lo adquieren los trabajadores que, habiéndose obligado a prestar sus servicios en todos los días laborales de la semana, no falten al trabajo, o faltando, lo hayan hecho por justa causa o por culpa o disposición del empleador. Cuando el trabajador labora menos de treinta y seis horas semanales, la remuneración de su descanso, es proporcional al tiempo laborado. Cuando no se cumplen los requisitos exigidos por la norma en mención, el trabajador pierde el derecho a la remuneración, pero no al descanso que es un derecho fundamental del trabajador, que nace del vínculo laboral”⁹.

Los mínimos esenciales que el Estado colombiano debe respetar, yacen expuestos en los Convenios 52 y 132 de la OIT, que al respecto prevén lo siguiente:

CONVENIO NÚMERO 52 DE LA OIT

Artículo 2°

1. Toda persona a la que se aplique el presente Convenio tendrá derecho, después de un año de ser-

⁸ Sentencia de la Corte Constitucional C-019 de 2004, Magistrado Ponente, doctor Jaime Araújo Rentería.

⁹ Ibídem 12.

vicio continuo, a unas vacaciones anuales pagadas de seis días laborables, por lo menos.

CONVENIO NÚMERO 132 DE LA OIT

Artículo 3°

3. Las vacaciones no serán en ningún caso inferiores a tres semanas laborables por un año de servicios.

Se deduce de lo anterior, que las vacaciones no tienen que ser forzosamente colectivas, y además, que estas cuando menos deben ser equivalentes a 3 semanas laborales, por cada año de servicio prestado.

El sistema actual es del siguiente tenor literal:

Artículo 146. Vacaciones. Las vacaciones de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial serán colectivas, salvo las de los de la Sala Administrativa de los Consejos Superiores y Seccionales de la Judicatura, las del Tribunal Nacional, las de los Juzgados Regionales mientras existan, de Menores, Promiscuos de Familia, Penales Municipales y de Ejecución de Penas; y, las de los de la Fiscalía y el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

Las vacaciones individuales serán concedidas de acuerdo con las necesidades del servicio por la Sala Administrativa del Consejo Superior y Seccionales de la Judicatura; por la Sala de Gobierno del respectivo Tribunal a los Jueces y por el respectivo nominador en los demás casos, por un término de veintidós días continuos por cada año de servicio.

La norma en comento, fue declarada constitucional, en razón a que el legislador tiene plena competencia para determinar los casos en que la rama judicial pueda cesar transitoriamente sus actividades, en las mismas condiciones que las normas laborales lo establecen para los demás funcionarios del Estado y los particulares.

Siguiendo esa interpretación, el articulado del proyecto, iguala, de un lado a la Rama Judicial con las otras Ramas del Poder Público, y de otro, ajusta el efectivo descanso remunerado con las disposiciones de la OIT, y las necesidades sociales actuales, que entienden, que si bien el funcionario o empleado de que se trate, necesita el descanso remunerado, el país necesita la continuidad del servicio.

Tómese en consideración, que la concepción de la vacancia judicial señalada en el artículo 146 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, retomó como por costumbre, una tradición prevista en el Decreto 546 de 1971, fecha en la que seguramente la condición social era distinta.

Siendo que la Corte Constitucional, al declarar la exequibilidad de la norma, soportándose en el

argumento que la Rama Judicial tiene el derecho “en las mismas condiciones que las normas laborales lo establecen para los demás funcionarios del Estado”.

Es pertinente ver que la regulación que se propone, se acerca más a esa noción, que la actualmente vigente:

Decreto 2400 de 1968

Artículo 7°. Los empleados tienen derecho. A percibir puntualmente la remuneración que para el respectivo empleo fije la ley; a recibir capacitación adecuada para el mejor desempeño de sus funciones y para participar en los concursos que le permitan obtener promociones dentro del servicio; a participar de los programas de bienestar social que para sus servidores establezca el Estado; a gozar de los estímulos de carácter moral o pecuniario; a disfrutar de **vacaciones anuales remuneradas** y al reconocimiento y pago de prestaciones sociales; a obtener los permisos y licencias, todo de acuerdo con las disposiciones legales y reglamentarias que regulen la materia.

Decreto 3135 de 1968

Artículo 8°. Vacaciones. Los empleados públicos o trabajadores oficiales tienen derecho a quince (15) días hábiles de vacaciones, por cada año de servicio, salvo lo que se disponga por reglamentos especiales para empleados que desarrollan actividades especialmente insalubres o peligrosas.

Código Sustantivo del Trabajo

Artículo 186. Duración.

1. Los trabajadores que hubieren prestado sus servicios durante un año tienen derecho a quince (15) días hábiles consecutivos de vacaciones remuneradas.

Como se ha enunciado con anterioridad, no se pretende desconocer el derecho de disfrutar un descanso remunerado, sino enmendar el error que se produce cuando son la mayoría de los miembros quienes suspenden la actividad, pues ello implica forzosamente, que la función no sea ejercida por nadie, cuando con todo lo expuesto, fácil resulta comprender, que la función de administrar justicia debe desarrollarse de forma permanente.

Para el efecto, si se revisa la normatividad vigente a la fecha, encontramos que la Ley 909 de 2004 y el Decreto 2400 de 1968 fueron conscientes de que la función debe seguir siendo desarrollada, sin importar, ni desconocer, que el funcionario encargado se separe temporalmente del cargo.

Decreto 2400 de 1968

Artículo 23. Los empleados podrán ser encargados para asumir parcial o totalmente las funciones de empleos diferentes de aquellos para los cuales han sido nombrados, por ausencia temporal o definitiva del titular. Cuando se trate de ausencia temporal el encargo podrá conferirse hasta por el término de aquella y en caso de vacante definitiva hasta por un plazo máximo de tres (3) meses. Vencido este término el encargado cesará automáticamente en el ejercicio de tales funciones y el empleo deberá proveerse de acuerdo con los procedimientos normales.

Ley 909

Artículo 25. *Provisión de los empleos por vacancia temporal.* Los empleos de carrera cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos serán provistos en forma provisional solo por el tiempo que duren aquellas situaciones, cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera

Aun cuando no parezca lógico, dicha situación también fue prevista por la Ley Estatutaria de Administración de Justicia en el artículo 138: “Provisión de la vacante temporal. Cuando la comisión de servicios implique la separación temporal del ejercicio de funciones, como cuando se trate del cumplimiento de misiones especiales que interesen a la Administración de Justicia, el nominador hará la correspondiente designación en encargo. El funcionario en encargo tendrá derecho a percibir la diferencia salarial, cuando previamente se hubieren efectuado los movimientos presupuestales correspondientes.” **El error aquí, radica en que nadie puede ser encargado para desempeñar la función, porque todos están haciendo uso del derecho al descanso remunerado al mismo tiempo.**

Se repite que la situación enunciada implica un estado inconstitucional, y si se quiere, el desconocimiento al derecho a la igualdad.

La acción de tutela y el hábeas corpus, puede ser interpuesta ante cualquier juez, no obstante, en periodo de vacancia judicial se limita a los que el artículo 146 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia indicó que debían tener vacaciones individuales. Es decir, que no es cierto lo que la constitución establece, porque no es ante cualquier juez.

Aunado al anterior, este hecho tiene dos puntos para analizar, de un lado, debe preguntarse que sucedería si el Decreto 1382 de 2000, que la corte constitucional solo tiene como medio para el reparto de las acciones, no fuera de reparto sino de compe-

tencia¹⁰. Es decir, si el 30 de diciembre un órgano del nivel nacional vulnera el derecho fundamental de una persona, esta quedaría sometida a que se terminase el periodo de vacancia judicial del Tribunal Administrativo, porque la competencia para conocer de la acción es de ese órgano.

De otro lado, no se entiende cual es el criterio de razonabilidad para que solo los Juzgados de Menores, Promiscuos de Familia, Penales Municipales y de Ejecución de Penas; y la Fiscalía y el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, sean los que cumplan función permanente, cabría preguntarse, si es que las especialidades ordinarias y contenciosas no tienen el mismo valor para la persona que requiere una pronta solución, o si la Corte Constitucional puede detener durante un mes la vulneración de los derechos fundamentales.

Para el efecto, se transcribe a continuación el comunicado de prensa del Consejo Superior de la Judicatura, por el cual se informa sobre la Vacancia Judicial:

“LA SALA ADMINISTRATIVA DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA INFORMA:

Que de conformidad con el artículo 146 de la Ley 270 de 1996, durante la vacancia judicial 2010-2011, los siguientes despachos judiciales no prestarán servicio al público en el período comprendido entre el 17 de diciembre de 2010 y el 10 de enero de 2011:

Consejo de Estado

Corte Suprema de Justicia

Corte Constitucional

Salas Disciplinarias del Consejo Superior y Seccionales de la Judicatura

Tribunales Administrativos

Tribunales Superiores

Juzgados Penales del Circuito

Juzgados Civiles Municipales

Juzgados Civiles del circuito

Juzgados Laborales

Juzgados Administrativos

De otra parte, los Juzgados Penales de Circuito Especializado, Juzgados de Menores, Juzgados Promiscuos de Familia, Penales Municipales, de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad y de Responsabilidad Penal para Adolescentes, con fun-

¹⁰ Sobre este tema, pueden verse entre otras, las siguientes:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2001/A248-01.htm>
<http://www.cga.gov.co/Corte%20Constitucional/PARA%20EL%20RETIRO%20CON%20DERECHO%20A%20PENSION%20DE%20JUBILACION.pdf>
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2007/A063-07.htm>

ción de control de garantías, continuarán prestando el servicio al público, sin interrupción alguna.

Así mismo se informa a la ciudadanía que en cumplimiento de las políticas fijadas por esta Sala, en el marco del Plan Nacional de Descongestión, fase 2010, algunos de los juzgados y cargos de descongestión creados de manera transitoria continuarán con sus labores en el período de la vacancia judicial.

HERNANDO TORRES CORREDOR

Presidente

El presente comunicado se publica en Bogotá, D.C., a los quince (15) días del mes de diciembre del año 2010”.

Es cierto que los funcionarios y empleados tienen derechos, pero estos deben ceder al interés general y a la actual condición social, en el entendido de que la función de administrar justicia no se puede suspender.

Vacaciones individuales desde el punto de vista del servidor.

No se puede dejar pasar por alto, que el hecho que las vacaciones sean colectivas, no materializa plenamente el deseo del empleado o funcionario judicial, puesto que el periodo que para ello se dispuso en otro tiempo, es el más costoso para descansar, la denominada temporada alta.

Mientras que los restantes servidores públicos tienen la alternativa de tomar sus vacaciones cumplido el año de servicio y aun con posterioridad a aquel tiempo, quien se desempeña en la rama judicial se ve forzado a tomarlas quiera o no quiera hacerlo.

Que implica ello, que las vacaciones de su núcleo familiar se tienen que adecuar al tiempo que ha previsto la norma, y no al que ellos mancomunadamente determinen, siempre que al descanso remunerado se tenga derecho, de manera que si el empleado prefiere hacer buen uso de su descanso en abril, en mayo, en octubre, o en cualquier otro mes, así lo pueda determinar.

El valor de la igualdad

En este punto, baste transcribir el artículo 53 de la Constitución Política, y reseñar que estas disposiciones también aplican para los empleados del Ministerio Público en virtud del artículo 280 de la Constitución.

Artículo 53. *El Congreso expedirá el Estatuto del Trabajo.* La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el

empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

El Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.

Se deben precisar finalmente dos puntos, de un lado, el por qué este es un proyecto de ley ordinario, y el segundo, el por qué no se trata de una norma que solo puede ser promovida por el Gobierno Nacional:

Tipo de Ley Ordinaria

De conformidad con la Sentencia de Tutela T-039 de 2009, la Corte Constitucional, estableció que “... la jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa al afirmar que no todos los aspectos relacionados con las materias sujetas a reserva de ley estatutaria deben ser regulados por el Congreso a través del trámite anotado, pues ello restaría movilidad y dinámica a la función legislativa. **Así por ejemplo, en lo concerniente a la Administración de Justicia se ha dicho que únicamente lo relativo a su estructura y a los principios sustanciales y procesales que guían a los jueces al momento de dirimir las diferentes controversias que se someten a su juicio, deben regularse por ley estatutaria^[6], mientras que para los demás asuntos, el legislador ordinario conserva su competencia**”.

Iniciativa Legislativa de la Corporación

En los términos del artículo 154 de la Constitución las normas que fijan el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y la Fuerza Pública son de iniciativa legislativa restrictiva del gobierno.

Sin embargo, como se enuncio con anterioridad, las vacaciones constituyen un derecho del trabajador a recibir un descanso remunerado. **Ellas no tienen carácter prestacional, puesto que no son un auxilio del patrono, como tampoco carácter salarial, al no retribuir un servicio prestado¹¹.**

¹¹ Ibídem 12.

La ciencia jurídica debe evolucionar al paso de los fenómenos sociales, y en las condiciones económicas actuales, es justo que esta Corporación le demuestre al país, que está atento a estos y que además garantiza no solo una igualdad formal, sino material, y todos los demás derechos fundamentales.

Cordialmente,

Carlos Enrique Soto Jaramillo,
Senador de la República.

SENADO DE LA REPÚBLICA

SECRETARÍA GENERAL

Tramitación Leyes

Bogotá, D. C., 26 de marzo de 2012

Señor Presidente:

Con el fin de que se proceda a repartir el Proyecto de ley número 215 de 2012 Senado, *por la cual se estatuyen las vacaciones individuales de la Rama Judicial*, 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, de conformidad con las disposiciones reglamentarias y de ley.

El Secretario General,

Emilio Otero Dajud.

PRESIDENCIA DEL HONORABLE SENADO
DE LA REPÚBLICA

Bogotá, D. C., 26 de marzo de 2012

De conformidad con el informe de Secretaría General, dese por repartido el proyecto de ley de la referencia a la Comisión Séptima Constitucional y envíese copia del mismo a la Imprenta Nacional con el fin de que sea publicado en la *Gaceta del Congreso*.

Cúmplase.

El Presidente del honorable Senado de la República,

Juan Manuel Corzo Román.

El Secretario General del honorable Senado de la República,

Emilio Otero Dajud.

INFORMES DE OBJECIONES PRESIDENCIALES

INFORME DE OBJECIONES AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 280 DE 2011 SENADO, 066 DE 2011 CÁMARA

por medio de la cual se establece un marco general para la libranza o descuento directo y se dictan otras disposiciones.

Bogotá, D. C., 27 de marzo de 2012

Doctor

JUAN MANUEL CORZO

Presidente

Senado de la República

Doctor

SIMÓN GAVIRÍA MUÑOZ

Presidente

Cámara de Representantes

De conformidad con el artículo 199 de la Ley 5ª de 1992 y la designación hecha por las Mesas Directivas de ambas corporaciones, nos permitimos

rendir informe de las objeciones que por razones de inconveniencia el Gobierno Nacional le presentó al Proyecto de ley número 288 de 2011 Senado, 066 de 2010 Cámara, *por medio de la cual se establece un marco general para la libranza o descuento directo*, mediante comunicación fechada 26 de enero de 2012, objeciones que de manera sucinta nos permitimos resumir a continuación, así:

“La objeción del Gobierno se dirige contra los artículos 1º, 2º, 6º y 8º en los apartes subrayados.

Artículo 1º. Objeto de la libranza o descuento directo. Cualquier persona natural asalariada, contratada por prestación de servicios, asociada a una cooperativa o precooperativa, afiliada a un fondo administrador de cesantías, fondo de empleados o pensionada, podrá adquirir productos y servicios financieros o bienes y servicios de cualquier naturaleza, acreditados con su salario, sus pagos u honorarios, sus prestaciones sociales de carácter económico o su pensión, siempre que medie autorización expresa de descuento dada al

empleador o entidad pagadora, quien en virtud de la suscripción de la libranza o descuento directo otorgada por el asalariado, contratista o pensionado, estará obligado a girar los recursos directamente a la entidad operadora.

Artículo 2°.

a) **Libranza o descuento directo.** Es la autorización dada por el asalariado o pensionado, al empleador o entidad pagadora, según sea el caso, para que realice el descuento del salario, prestaciones sociales de carácter económico o pensión disponibles por el empleado o pensionado, con el objeto de que sean giradas a favor de las entidades operadoras para atender los productos, bienes y servicios objeto de libranza.

Artículo 6°. Obligaciones del empleador o entidad pagadora.

(...)

La entidad pagadora deberá efectuar las libranzas o descuentos autorizados de la nómina, pagos u honorarios, aportes, prestaciones sociales económicas o pensión de los beneficiarios de los créditos y trasladar dichas cuotas a las entidades operadoras correspondientes, dentro de los tres días hábiles siguientes de haber efectuado el pago al asalariado, contratista, afiliado, asociado o pensionado en el mismo orden cronológico en que haya recibido la libranza o autorización de descuento directo.

Igualmente, el empleador o entidad pagadora tendrá la obligación de verificar, en todos los casos, que la entidad operadora se encuentra inscrita en el Registro Único Nacional de Entidades Operadoras de Libranza.

Artículo 8°. Intercambio de información. Para dar cumplimiento al artículo anterior, las entidades operadoras podrán solicitar información a las entidades que manejan los sistemas de información de salud, pensiones y/o cesantías, que para el efecto autorice o administre el Ministerio de la Protección Social o quien haga sus veces, exclusivamente con el fin de establecer la localización de beneficiarios y empleadores o entidades pagadoras autorizadas previamente, mediante libranza o descuento directo.

2. Razones de inconveniencia

a) El auxilio de cesantías es una prestación social creada con el fin de proteger al trabajador ante el evento de la terminación de su relación laboral. La protección consiste en la posibilidad de recurrir a un ahorro monetario, acumulado obligatoriamente a lo largo de sus años de servicio, para garantizar

la subsistencia mientras vuelve a vincularse laboralmente

Igualmente la legislación nacional permite el retiro parcial de las cesantías, esto es, antes de finalizada la relación laboral, para la compra o remodelación de vivienda o con el fin de financiar la educación del trabajador o de su familia (artículo 256 Código Sustantivo del Trabajo, artículo 102 de la Ley 50 de 1990, artículo 4° de la Ley 1064 de 2006 y artículo 3° Ley 1071 de 2006).

(...)

Con esta autorización, el proyecto de ley desnaturaliza la figura de la cesantía pues convierte el ahorro obligatorio en ahorro voluntario. La norma elimina las limitaciones fijadas por el legislador, destinadas a proteger al trabajador y a su familia. Eliminadas tales restricciones, las cesantías dejan de ser un ahorro de emergencia y se convierte en una cuenta de ahorro común, disponible en cualquier momento y por cualquier motivo.

...por virtud de la ley, hacia el futuro no existiría restricción alguna para endeudarse con cargo a esta prestación social, porque el texto de la ley no circunscribe la libranza a ningún tipo de obligación. Basta la sola autorización del trabajador para que las cesantías respalden cualquiera de sus deudas y para que por esta vía, esta prestación desaparece del escenario jurídico;

b) Además de la inconveniencia genérica de la medida es preciso advertir que la misma podría afectar las metas previstas en el Plan Nacional de Desarrollo (artículo 169 Ley 1450 de 2010), relativas a la protección del desempleo mediante el fortalecimiento de los mecanismos de protección de las cesantías.

(...)

c) En la misma línea, la aprobación de la ley de la referencia truncaría el objetivo de fortalecer el Fondo de Fomento al Empleo y Protección al Desempleo –Fonede– pues ante la descapitalización de los fondos de cesantías, por virtud de las libranzas destinadas a cubrir cualquier tipo de créditos, el trabajador no tendría manera de afrontar, en condiciones de tranquilidad económica, su proceso de reincorporación laboral;

d) Todo lo anterior, sin contar los efectos devastadores que tendría para el Fondo Nacional del Ahorro, que basa sus actividades comerciales en la inversión de dichos recursos. (...);

e) El riesgo también se cerniría sobre las sociedades administradoras de Fondos de Cesantías

ante la previsible descapitalización de los fondos que administran. Si los trabajadores pueden autorizar las libranzas contra sus ahorros de cesantías por cualquier causa, por cualquier crédito, por cualquier obligación dineraria, es previsible que dicho ahorro se convierta en prenda general de sus deudas. Las cesantías no fueron creadas con esa filosofía, pero los apremios entendibles de las familias colombianas acabarían por consumirlas, con el consecuente desvanecimiento de los fondos.

(...)

3. Razones de inconstitucionalidad

Esta objeción presenta, además una faceta inconstitucional, que resulta de las mismas razones de inconveniencia: la Corte Constitucional ha establecido que el sistema constitucional de contenido social está fundado, entre otros, en el principio de la no regresividad. Este principio consiste en que las medidas de carácter social, entendidas como reivindicaciones de la clase trabajadora en el escenario de lo público, no pueden desmontarse sin afectación grave del orden constitucional, a menos que exista una razón de orden macroeconómico que justifique la regresión. En este caso corresponde al órgano que promueve la medida justificar suficientemente la necesidad de revertir un logro que ya hacía parte del patrimonio social de los trabajadores.

(...)

En el caso concreto, es claro que la decisión de permitir el retiro de las cesantías (así podría interpretarse en el fondo la figura de la libranza) con el fin de garantizar cualquier crédito del trabajador, desconoce la finalidad protectora que inspira la institución y, por tanto, constituye un retroceso en el esquema de protección de los derechos sociales, que además no se encuentra justificado en cuanto a su condición regresiva.

Valgan las precisiones de la objeción gubernamental por inconveniencia para apoyar la tesis de que la supresión de los límites para el retiro de las cesantías no sólo desprotege al trabajador, sino a su familia, pues hacen presa fácil de las deudas un ahorro destinado a ampararlos en situaciones de emergencia o para obtener casa propia o afrontar gastos de educación.

En este sentido, la disposición acusada es violatoria del artículo 48 de la Carta Política pues, conforme la jurisprudencia constitucional, se presume ser contrario a la Constitución que una medida legislativa disminuya los estándares de protección social alcanzados por la legislación anterior (Ley

50 de 1990, Ley 1450 de 2010, Ley 1328 de 2009), sin justificación alguna. (...)

De conformidad con lo anterior, esta Comisión delegada para presentar informe a las objeciones, se permite acoger las observaciones efectuadas en el sentido de eliminar la posibilidad de afectación con la libranza de las prestaciones sociales económicas o cesantías y en tal sentido se suprime de los artículos 1º, 2º, 4º, 6º, y 8º. Las expresiones “fondo administrador de cesantías”, “y/o cesantías” y “prestaciones sociales de carácter económico” Lo demás continúa igual.

En tal sentido, el texto que se presenta para consideración y aprobación de los honorables Congresistas es el siguiente:

TEXTO PROPUESTO PARA APROBACIÓN AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 280 DE 2011 SENADO, 066 DE 2011 CÁMARA

por medio de la cual se establece un marco general para la libranza o descuento directo y se dictan otras disposiciones.

Artículo 1º. *Objeto de la libranza o descuento directo.* Cualquier persona natural asalariada, contratada por prestación de servicios, asociada a una cooperativa o precooperativa, fondo de empleados o pensionada, podrá adquirir productos y servicios financieros o bienes y servicios de cualquier naturaleza, acreditados con su salario, sus pagos u honorarios o su pensión, siempre que medie autorización expresa de descuento dada al empleador o entidad pagadora, quien en virtud de la suscripción de la libranza o descuento directo otorgada por el asalariado, contratista o pensionado, estará obligado a girar los recursos directamente a la entidad operadora.

Parágrafo. La posibilidad de adquirir productos y servicios financieros o bienes y servicios de cualquier naturaleza a través de libranza no constituye necesariamente, a cargo del operador la obligación de otorgarlos, sino que estarán sujetos a la capacidad de endeudamiento del solicitante y a las políticas comerciales del operador.

Artículo 2º. *Definiciones aplicables a los productos y servicios financieros adquiridos mediante libranza o descuento directo.* Las siguientes definiciones se observarán para los efectos de aplicación de la presente ley:

a) **Libranza o descuento directo.** Es la autorización dada por el asalariado o pensionado, al empleador o entidad pagadora, según sea el caso, para que realice el descuento del salario, o pensión disponibles por el empleado o pensionado, con el objeto de que sean giradas a favor de las entidades

operadoras para atender los productos, bienes y servicios objeto de libranza;

b) **Empleador o entidad pagadora.** Es la persona natural o jurídica, de naturaleza pública o privada, que tiene a su cargo la obligación del pago del salario, cualquiera que sea la denominación de la remuneración, en razón de la ejecución de un trabajo o porque tiene a su cargo el pago de pensiones en calidad de administrador de fondos de cesantías y pensiones;

c) **Entidad operadora.** Es la persona jurídica o patrimonio autónomo conformado en desarrollo del contrato de fiducia mercantil que realiza operaciones de libranza o descuento directo, por estar autorizada legalmente para el manejo del ahorro del público o para el manejo de los aportes o ahorros de sus asociados, o aquella que, sin estarlo, realiza dichas operaciones disponiendo de sus propios recursos o a través de mecanismos de financiamiento autorizados por la ley. En estos casos deberá estar organizada como Instituto de Fomento y Desarrollo, INFIS, sociedad comercial, sociedades mutuales, o como cooperativa, y deberá indicar en su objeto social la realización de operaciones de libranza, el origen lícito de sus recursos y cumplir con las demás exigencias legales vigentes para ejercer la actividad comercial. Estas entidades operadoras estarán sometidas a la vigilancia de la Superintendencia de Sociedades;

d) **Beneficiario.** Es la persona empleada o pensionada, titular de un producto, bien o servicio que se obliga a atender a través de la modalidad de libranza o descuento directo.

Parágrafo 1°. Para efectos de la presente ley, se entiende como asalariado aquel que tenga un contrato laboral vigente suscrito entre el deudor que autoriza los descuentos y la entidad pagadora, como contratista aquel que tenga un contrato u orden de prestación de servicios vigente, como asociado aquel que se encuentre vinculado a una cooperativa o precooperativa, como afiliado aquel que se encuentre vinculado a un fondo administrador de cesantías y como pensionado aquel que tenga la calidad de beneficiario de una mesada o asignación pensional.

Parágrafo 2°. En los casos en los que la persona jurídica realice operaciones de libranza con cargo a recursos propios, o a través de mecanismos de financiamiento autorizados por la ley, las Superintendencia Financiera, Solidaria y de Sociedades deberán diseñar mecanismos idóneos y suficientes para controlar el origen lícito de los recursos.

Parágrafo 3°. Se encuentran expresamente excluidas del ámbito de aplicación de la presente ley, las

cooperativas de trabajo asociado y sus trabajadores asociados.

Artículo 3°. *Condiciones del crédito a través de libranza o descuento directo.* Para poder acceder a cualquier tipo de producto, bien o servicio a través de la modalidad de libranza o descuento directo se deben cumplir las siguientes condiciones:

1. Que exista autorización expresa e irrevocable por parte del beneficiario del crédito a la entidad pagadora de efectuar la libranza o descuento respectivo de conformidad con lo establecido en la presente ley.

2. Que en ningún caso la tasa de interés correspondiente a los productos y servicios objeto de libranza, supere la tasa máxima permitida legalmente.

3. Que la tasa de interés pactada inicialmente sólo sea modificada en los eventos de novación, refinanciación o cambios en la situación laboral del deudor beneficiario, con su expresa autorización.

4. Que para adquirir o alquilar vivienda, el deudor beneficiario podrá tomar un seguro de desempleo, contra el cual eventualmente podrá repetir la entidad operadora en los casos de incumplimiento.

5. Que la libranza o descuento directo se efectúe, siempre y cuando el asalariado o pensionado no reciba menos del cincuenta por ciento (50%) del neto de su salario o pensión, después de los descuentos de ley. Las deducciones o retenciones que realice el empleador o entidad pagadora, que tengan por objeto operaciones de libranza o descuento directo, quedarán exceptuadas de la restricción contemplada en el numeral 2 del artículo 149 del Código Sustantivo del Trabajo.

Parágrafo 1°. La cesión de créditos objeto de libranza otorgados por las entidades operadoras implicará, por ministerio de la ley, la transferencia en cabeza del cesionario del derecho a recibir del empleador o entidad pagadora el pago del bien o servicio que se atiende a través de la libranza o autorización de descuento directo sin necesidad de requisito adicional. En caso de que tales créditos se vinculen a procesos de titularización, el monto del descuento directo correspondiente a dichos créditos será transferido con sujeción a lo dispuesto en esta ley, por la entidad pagadora a favor de la entidad legalmente facultada para realizar operaciones de titularización que tenga la condición de cesionario, quien lo podrá recibir directamente o por conducto del administrador de los créditos designado en el proceso de titularización correspondiente.

Parágrafo 2°. En los casos en que el monto a pagar por concepto de los productos objeto de libranza para descuento directo esté estipulado en modalidad

determinable con referencia a un índice o unidad de valor constante, el beneficiario podrá autorizar el descuento directo por una cuantía mínima mensual definida de común acuerdo con la entidad operadora.

Artículo 4°. *Derechos del beneficiario.* En cualquier caso el beneficiario tiene derecho de escoger libre y gratuitamente cualquier entidad operadora para efectuar operaciones de libranza, así como aquella a través de la cual se realiza el pago de su nómina, honorarios o pensión.

Así mismo, tiene derecho a solicitar que los recursos descontados de su salario, pagos u honorarios, aporte, o pensión sean destinados a una cuenta AFC o a otra de igual naturaleza.

En ningún caso, el empleador o entidad pagadora podrá cobrar o descontar cuota de administración, comisión o suma alguna por realizar el descuento o el giro de los recursos, so pena de ser objeto de una sanción pecuniaria equivalente al doble del valor total descontado por la libranza, el cual le será aplicado por la autoridad correspondiente.

Cuando el beneficiario tenga la calidad de consumidor financiero estará amparado por el Título I de la Ley 1328 de 2009; los demás consumidores estarán amparados por el Estatuto de Protección al Consumidor y las normas que lo modifiquen y adicionen.

Artículo 5°. *Obligaciones de la entidad operadora.* Sin perjuicio de las responsabilidades que le asisten por mandato legal y reglamentario, la entidad operadora tiene el deber de dejar a disposición de los beneficiarios de sus productos, bienes y servicios a través de la modalidad de libranza, el extracto periódico de su crédito con una descripción detallada del mismo, indicando un número de teléfono y dirección electrónica en caso de dudas o reclamos, así mismo deberá reportar la suscripción de la libranza a los bancos de datos de información financiera, crediticia, comercial y de servicios, para lo cual deberá cumplir a cabalidad con los requisitos establecidos por estos en sus reglamentos y lo contemplado en la Ley 1266 de 2008 y demás normas que la modifiquen, adicionen o reglamenten.

Artículo 6°. *Obligaciones del empleador o entidad pagadora.* Todo empleador o entidad pagadora estará obligada a deducir, retener y girar de las sumas de dinero que haya de pagar a sus asalariados, contratistas, afiliados o pensionados, los valores que estos adeuden a la entidad operadora para ser depositados a órdenes de esta, previo consentimiento expreso, escrito e irrevocable del asalariado, contratista, afiliado o pensionado en los términos técnicos

establecidos en el acuerdo que deberá constituirse con la entidad operadora, en virtud a la voluntad y decisión que toma el beneficiario al momento de escoger libremente su operadora de libranza y en el cual se establecerán las condiciones técnicas y operativas necesarias para la transferencia de los descuentos. El empleador o entidad pagadora no podrá negarse injustificadamente a la suscripción de dicho acuerdo.

La entidad pagadora deberá efectuar las libranzas o descuentos autorizados de la nómina, pagos u honorarios, aportes o pensión de los beneficiarios de los créditos y trasladar dichas cuotas a las entidades operadoras correspondientes, dentro de los tres días hábiles siguientes de haber efectuado el pago al asalariado, contratista, afiliado, asociado o pensionado en el mismo orden cronológico en que haya recibido la libranza o autorización de descuento directo.

Igualmente, el empleador o entidad pagadora tendrá la obligación de verificar, en todos los casos, que la entidad operadora se encuentra inscrita en el Registro Único Nacional de Entidades Operadoras de Libranza.

Parágrafo 1°. Si el empleador o entidad pagadora no cumple con la obligación señalada en el presente artículo por motivos que le sean imputables, será solidariamente responsable por el pago de la obligación adquirida por el beneficiario del crédito.

Parágrafo 2°. En caso de desconocerse el orden de giro estipulado en este artículo, el empleador o entidad pagadora será responsable por los valores dejados de descontar al asalariado, asociado, afiliado o pensionado por los perjuicios que le sean imputables por su descuido.

Artículo 7°. *Continuidad de la autorización de descuento.* En los eventos en que el beneficiario cambie de empleador o entidad pagadora, tendrá la obligación de informar de dicha situación a las entidades operadoras con quienes tenga libranza, sin perjuicio de que la simple autorización de descuento suscrita por parte del beneficiario, faculte a las entidades operadoras para solicitar a cualquier empleador o entidad pagadora el giro correspondiente de los recursos a que tenga derecho, para la debida atención de las obligaciones adquiridas bajo la modalidad de libranza o descuento directo. En caso de que el beneficiario cambie de empleador o entidad pagadora, para efectos de determinar la prelación si se presentan varias libranzas, la fecha de recibo de la libranza será la de empleador o entidad pagadora original.

Artículo 8°. *Intercambio de información.* Para dar cumplimiento al artículo anterior, las entidades operadoras podrán solicitar información a las entidades que manejan los sistemas de información de salud y/o pensiones, que para el efecto autorice o administre el Ministerio de la Protección Social o quien haga sus veces, exclusivamente con el fin de establecer la localización de beneficiarios y empleadores o entidades pagadoras autorizadas previamente, mediante libranza o descuento directo.

Artículo 9°. *Portales de información sobre libranza.* Las Superintendencias Financieras, de Sociedades y de Economía Solidaria dispondrán cada una de un portal de información en Internet en sus páginas institucionales publicadas en la web, que permita a los usuarios comparar las tasas de financiamiento de aquellas entidades operadoras que ofrezcan créditos para vivienda, planes complementarios de salud y/o educación a través de libranza.

Artículo 10. *Inspección, vigilancia y control.* Para efectos de la presente ley, la entidad operadora, de acuerdo con su naturaleza, será objeto de inspección, vigilancia y control por parte de la Superintendencia Financiera, de Economía Solidaria o de Sociedades, según sea el caso.

Artículo 11. *Divulgación.* El Gobierno Nacional, a través de sus programas institucionales de televisión y de las páginas web oficiales de las entidades públicas que lo integran, divulgará permanentemente y a partir de su entrada en vigencia los beneficios de la presente ley.

Artículo 12. *Libre escogencia de la entidad operadora.* El beneficiario tiene derecho de escoger libre y gratuitamente cualquier entidad para el pago de su nómina. El empleador no podrá obligar al beneficiario a efectuar libranza con la entidad financiera con quien este tenga convenio para el pago de nómina.

Artículo 13. *Retención en los pagos a los trabajadores independientes.* La retención en la fuente aplicable a los pagos o abonos en cuenta realizados a trabajadores independientes pertenecientes al régimen simplificado, o que cumplan los topes y condiciones de este régimen cuando no sean responsables del IVA, cuya sumatoria mensual no exceda de cien (100) UVT no están sujetos a retención en la fuente a título de impuestos sobre la renta.

Los pagos o abonos en cuenta que se efectúan a trabajadores independientes por concepto de prestación de servicios que cumplan con las

condiciones dichas en el inciso anterior, cuya sumatoria mensual exceda de cien (100) UVT, están sujetos a retención en la fuente a título de impuesto sobre la renta, de conformidad con la siguiente tabla:

Rangos en UVT		Tarifa
desde	hasta	
>100	150	2%
>150	200	4%
>200	250	6%
>250	300	8%

La base para calcular la retención será el 80% del valor pagado en el mes. De la misma se deducirá el valor total del aporte que el trabajador independiente deba efectuar al sistema general de seguridad social en salud, los aportes obligatorios y voluntarios a los Fondos de Pensiones y Administradoras de Riesgos Profesionales, y las sumas que destine el trabajador al ahorro a largo plazo en las cuentas denominadas “Ahorro para Fomento a la Construcción (AFC)”.

La retención en la fuente aplicable a los pagos realizados a trabajadores independientes pertenecientes a régimen común, o al régimen simplificado que superen las 300 UVT, será la que resulte de aplicar las normas generales.

Artículo 14. *Registro Único Nacional de Entidades Operadoras de Libranza.* Créase el Registro Único nacional de Entidades Operadoras de Libranzas, el cual será llevado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, quien lo publicará en la página web institucional con el fin exclusivo de permitir el acceso a cualquier persona que desee constatar el registro de entidades operadoras. De igual forma, deberá establecerse un vínculo de acceso a las tasas comparativas publicadas por las Superintendencias, en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 9° de la presente ley.

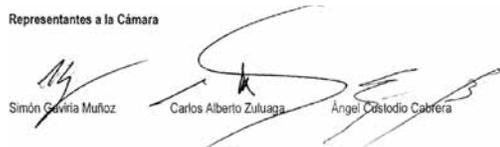
Este Código Único de reconocimiento a nivel nacional identificará a los operadores de libranza por nómina.

Para efectos del registro, la Entidad Operadora simplemente deberá acreditar el cumplimiento de las condiciones previstas en el literal c) del artículo 2° de la presente ley.

Artículo 15. *Vigencia y derogatorias.* La presente ley tiene vigencia a partir de su publicación

y deroga las disposiciones que le sean contrarias, el artículo 8° numeral 2 del Decreto-ley 1172 de 1980, el párrafo 4° del artículo 127-1 del Estatuto Tributario, el párrafo del artículo 89 de la Ley 223 de 1995 y el artículo 173 de la Ley 1450 de 2011.

Representantes a la Cámara



Simón Gaviria Muñoz Carlos Alberto Zuluaga Ángel Custodio Cabrera

Senadores de la República



Gabriel Zapata Bernardo Miguel Elias Juan Carlos Restrepo

CONTENIDO

Gaceta número 110 - Martes, 27 de marzo de 2012

PROYECTOS DE LEY

Proyecto de Ley Estatutaria número 216 de 2012 Senado, por medio de la cual se reglamenta la participación en política de los servidores públicos, de conformidad al inciso 3° del artículo 127 de la Constitución Política de Colombia, y se dictan otras disposiciones..... 1

Proyecto de Ley número 215 de 2012 Senado, por la cual se estatuyen las vacaciones individuales de la Rama Judicial 9

INFORMES DE OBJECIONES PRESIDENCIALES

Informe de objeciones y texto propuesto para aprobación al Proyecto de Ley número 280 de 2011 Senado, 066 de 2011 Cámara, por medio de la cual se establece un marco general para la libranza o descuento directo y se dictan otras disposiciones 17

