



GACETA DEL CONGRESO

SENADO Y CAMARA

(Artículo 36, Ley 5a. de 1992)
IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA
www.imprenta.gov.co

ISSN 0123 - 9066

AÑO XVIII - Nº 1017

Bogotá, D. C., jueves 8 de octubre de 2009

EDICION DE 8 PAGINAS

DIRECTORES:

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

JESUS ALFONSO RODRIGUEZ CAMARGO
SECRETARIO GENERAL DE LA CAMARA
www.camara.gov.co

RAMA LEGISLATIVA DEL PODER PUBLICO

SENADO DE LA REPUBLICA

CONCEPTOS JURIDICOS

CONCEPTO JURIDICO DEL MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL AL PROYECTO DE LEY NUMERO 12 DE 2009 SENADO

por la cual se modifica parcialmente el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

Dependencia: 10000

Bogotá D.C., 2 de octubre de 2009

Doctor

JESUS MARIA ESPAÑA VERGARA

Secretario Comisión Séptima

Senado de la República

Ciudad

Asunto: Proyecto de ley número 12 de 2009 Senado, por la cual se modifica parcialmente el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

Señor Secretario:

Cursa en la Comisión Séptima del honorable Senado de la República la iniciativa parlamentaria indicada en el asunto de la referencia, la cual está pendiente de rendir ponencia en primer debate; en consecuencia, consideramos oportuno dar a conocer al ponente y a la comisión en general el concepto institucional en relación con su contenido desde la perspectiva del Sector de la Protección Social, tomando como documento base el texto publicado en la Gaceta del Congreso número 586 del 22 de julio de 2009.

I. Análisis de Constitucionalidad.

Estudiado el texto del proyecto de ley, su marco legal y la exposición de motivos, cuyo objeto es que por efecto del principio de favorabilidad, las pensiones se incrementen anualmente en el porcentaje más alto entre el IPC y el incremento del salario mínimo legal mensual vigente, es decir, que se aplique la variable macroeconómica que le resulte más favorable al pensionado al momento en que se efectúe el reajuste, consideramos que la iniciativa legislativa se

ajusta a lo dispuesto en los artículos 158 y 169 de la Constitución Política, que hacen referencia a unidad de materia y título de la ley.

No obstante lo anterior, estimamos la propuesta podría desconocer lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005 que modificó el artículo 48 de la Constitución Política, el cual dispone lo siguiente:

“El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas”. (Resaltado fuera de texto).

De conformidad con la citada disposición es evidente que la ley con la cual se pretenda modificar el incremento anual de las pensiones, para aplicar el mayor entre IPC y salario mínimo, debe señalar los recursos con los cuales se cancelará dicho incremento, lo cual no ocurre en el presente caso, pues el texto de la ley se limita a establecer que para reajustar las pensiones se aplicará el que sea más favorable entre estos dos, sin garantizar la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones.

En sentido similar, consideramos que el proyecto de ley podría resultar contrario al artículo 151 de la Constitución Política que dispone: “El Congreso expedirá **leyes orgánicas a las cuales estará sujeto el ejercicio de la actividad legislativa.**” (Resaltado fuera de texto)

Sobre la jerarquía de las leyes orgánicas se ha pronunciado la Corte Constitucional en diversas oportunidades; a continuación citamos apartes de la Sentencia C-423 de 1995 en la que expresó:

“ (...)

Las leyes orgánicas se constituyen en reglamentos que establecen límites procedimentales, para el ejercicio de la actividad legislativa, en el caso de las leyes ordinarias en general y en el de ciertas y determinadas leyes en especial; son normas de auto-referencia para quienes tienen la facultad de expedirlas y posteriormente desarrollar la materia de la cual tratan, a través de leyes ordinarias.

(...)" (Resaltado fuera de texto).

La Ley 919 de 2003 "Por la cual se dictan **normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal**, dispone en su artículo 7º, lo siguiente:

"Análisis del impacto fiscal de las normas. En todo momento, el impacto fiscal de cualquier proyecto de ley, ordenanza o acuerdo, que ordene gasto o que otorgue beneficios tributarios, deberá hacerse explícito y deberá ser compatible con el Marco Fiscal de Mediano Plazo.

Para estos propósitos, deberá incluirse expresamente en la exposición de motivos y en las ponencias de trámite respectivas los costos fiscales de la iniciativa y la fuente de ingreso adicional generada para el financiamiento de dicho costo.

*El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en cualquier tiempo durante el respectivo trámite en el Congreso de la República, deberá rendir su concepto frente a la consistencia de lo dispuesto en el inciso anterior. En ningún caso este concepto podrá ir en contra del Marco Fiscal de Mediano Plazo. Este informe será publicado en la **Gaceta del Congreso.***

(...)" (Resaltado fuera de texto).

Sobre el fundamento de la Ley 819 de 2003, la Corte Constitucional señaló lo siguiente en Sentencia C-955 de 14 de noviembre de 2007:

*"Como puede apreciarse, la Corte ha definido que los requisitos a que alude el artículo 7º de la Ley 819 de 2003, **Orgánica del Presupuesto Nacional**, se orientan a la racionalización de la actividad legislativa, a fin de que ella se lleve a cabo conociendo las implicaciones fiscales de las iniciativas aprobadas, su viabilidad financiera y su congruencia con la política y los planes económicos adoptados por las autoridades, por lo cual en principio tales requisitos deben ser observados por el Congreso. A este corresponde valorar, con la información y las herramientas que tiene a su alcance, las incidencias fiscales de un determinado proyecto de ley...".*

Pese a lo anterior, el proyecto de ley objeto de análisis adolece del estudio que permita evidenciar la factibilidad y ejecutabilidad de la ley, pues no se indican los nuevos recursos con los cuales las administradoras de pensiones tanto del Régimen de Prima Media como del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad asumirían el pago del mayor valor que resulte de reajustar las pensiones en el porcentaje más alto entre IPC y salario mínimo legal mensual.

Así las cosas, esta medida aunque en principio parece plausible ya que busca mejorar la situación económica de los pensionados individualmente considerados, puede tener el efecto contrario al momento de su implementación, toda vez que no garantiza su sostenibilidad financiera.

Por otra parte, la iniciativa también podría desconocer el artículo 13 de la Constitución Política, al pretender dar un trato igual a todos los pensionados,

olvidando que es deber del Estado adoptar medidas para los grupos poblacionales más desfavorecidos y proteger a quienes por diversas razones, entre otras económicas, son más vulnerables, tal como lo prevé el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 con el alcance que la Corte Constitucional le dio en la Sentencia C-387 de 1994 que declaró exequible su parte final, fallo en el que expresó lo siguiente: *"No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario por el Gobierno", con la condición señalada en la parte motiva de esta providencia, es decir, que en el caso de que la variación porcentual del índice de precios al consumidor, certificado por el DANE, para el año inmediatamente anterior a aquél en que se vaya a efectuar el reajuste de las pensiones, SEA SUPERIOR al porcentaje en que se incremente el salario mínimo mensual, las personas cuya pensión sea igual al salario mínimo mensual vigente, tendrán derecho a que esta se les aumente conforme a tal índice".* (Resaltado fuera de texto).

A esta conclusión llega la Corte Constitucional en la referida sentencia, luego de realizar el análisis del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 que se pretende modificar, algunos de cuyos apartes citamos a continuación:

(...)

*Para la Corte es evidente que ese tratamiento distinto ante situaciones iguales, a la luz de los cánones constitucionales, tiene una justificación clara y razonable, cual es la de **dar especial protección a aquellos pensionados que por devengar una pensión mínima se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás.** En consecuencia, ha decidido el legislador que el valor de la pensión para esas personas se reajuste en un porcentaje igual al del salario mínimo legal mensual, con el fin de que dicho ingreso conserve su poder adquisitivo y así pueda el beneficiario satisfacer sus necesidades básicas y llevar una vida digna.*

Las instituciones del salario mínimo y de la pensión mínima, se enmarcan dentro de aquellas políticas destinadas a lograr una justicia social, pues son medidas especiales de protección a quienes por su condición económica se encuentran en situación de debilidad manifiesta. Busca así el legislador menzurar la desigualdad y de esta manera cumplir con el propósito señalado por el constituyente en el artículo 13 de la Carta, que ordena al Estado promover las condiciones requeridas para que la igualdad sea real y efectiva, mediante la adopción de medidas en favor de grupos discriminados o marginados, como también proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica o física se encuentran en situación de debilidad manifiesta.

(...)" (Resaltado fuera de texto)

II. Análisis de conveniencia.

Sin perjuicio de las observaciones de constitucionalidad antes señaladas, las siguientes razones de carácter legal y técnico hacen que la propuesta resulte inconveniente:

Tal como se indicó en el acápite anterior, el proyecto de ley no atiende lo dispuesto en el artículo 7º de la Ley 819 de 2003, esto es, no determina el

impacto fiscal del aumento que se pretende establecer, en consecuencia, **la incorporación de dicho beneficio a los pensionados sin que se establezcan los mecanismos a través de los cuales se obtendrán los recursos necesarios para cubrir los nuevos costos, implica a mediano o largo plazo, la posibilidad de que se afecte el pago oportuno y completo de las mesadas pensionales o las metas de aumento de cobertura del Sistema General de Pensiones.**

Por otra parte, según lo expresado en la exposición de motivos, el fundamento para modificar el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 es que las pensiones mantengan el poder adquisitivo y asegurarles a los pensionados una digna subsistencia. Al respecto, es necesario precisar que la Ley 100 de 1993 en su artículo 14 regula el incremento anual de las mesadas pensionales, señalando que tanto en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida como en el de Ahorro Individual con Solidaridad, las pensiones se reajustan anualmente para mantener su poder adquisitivo, así:

1. Con el porcentaje de aumento del salario mínimo legal mensual vigente, si el monto de la pensión es igual a dicho salario, salvo que el IPC sea superior, evento en el cual se aplica este.

2. Con el Índice de Precios al Consumidor (IPC) del año anterior, si se trata de pensiones superiores al salario mínimo legal mensual vigente.

En este orden de ideas, resulta evidente que la pretensión de este proyecto de ley ya tiene aplicación frente a las pensiones cuyo monto mensual es equivalente al salario mínimo, pues el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, dando cumplimiento al mandato constitucional previsto en el artículo 13 de la Carta Política, protege a los pensionados que por percibir una mesada pensional equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, frente a los demás pensionados que tienen mesadas superiores a dicho salario.

Ahora bien, en la exposición de motivos del proyecto de ley también se invoca el artículo 53 de la Constitución Política, aduciendo que la norma establece como principios fundamentales entre otros “...situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho”, y en las consideraciones se hace referencia al principio de favorabilidad, según el cual, a la persona se le debe aplicar siempre que haya conflicto de leyes en el tiempo, la norma que le sea más favorable.

Sin embargo, el principio de la situación más favorable en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho no resulta predicable del artículo 14 de la Ley 100 de 1993, pues no existe duda alguna sobre su aplicación, máxime si se tiene en cuenta lo expresado por la Corte Constitucional en Sentencia C-387 de 1994 en la que indicó que el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 por sí sólo no vulnera la Constitución Política, pero su aplicación sí puede lesionar los artículos 13, 46 y 53 de la Carta, si el salario mínimo se incrementa en cuantía inferior al índice de precios al consumidor, porque se discriminaría a los pensionados que devengan más del salario mínimo, frente a los que perciben dicho valor, razón por la cual, en tal evento se debe aplicar el IPC, despejando cualquier duda, si es que ella existió. Tampoco se podría afirmar que

existe conflicto de leyes en el tiempo y que por lo tanto, deba aplicarse el principio de favorabilidad, en virtud del cual, a la persona se le aplica la norma que le sea más favorable.

La anterior conclusión se obtiene de la lectura de los siguientes apartes de la Sentencia C-168 de 1995, los cuales permiten establecer el alcance que la Corte Constitucional ha dado a la figura de la condición más beneficiosa:

“...considera la Corte que la “condición más beneficiosa” para el trabajador, se encuentra plenamente garantizada mediante la aplicación del principio de favorabilidad que se consagra en materia laboral, no sólo a nivel constitucional sino también legal, y a quien corresponde determinar en cada caso concreto cuál norma es más ventajosa o benéfica para el trabajador es a quién ha de aplicarla o interpretarla. En nuestro Ordenamiento Superior el principio de favorabilidad se halla regulado en los siguientes términos: “situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho”, precepto que debe incluirse en el estatuto del trabajo que expida el Congreso.

De conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc.), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas escoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador. La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones; la norma así escogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso y crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador”.

Por las anteriores razones, especialmente las de orden constitucional, consideramos inconveniente continuar con el trámite de expedición del Proyecto de ley número 12 de 2009 Senado y en consecuencia, de manera respetuosa solicitamos considerar la posibilidad de su archivo.

Cordial saludo,

Diego Palacio Betancourt,
Ministro de la Protección Social.

C.C. Senadores Piedad Córdoba y Rodrigo Lara,
Ponentes

COMISION SEPTIMA CONSTITUCIONAL
PERMANENTE DEL HONORABLE
SENADO DE LA REPUBLICA.

Bogotá D. C., a los cinco (05) días del mes de octubre año dos mil nueve (2009).

En la presente fecha se autoriza la **publicación en la Gaceta del Congreso**, de la República, el concepto Jurídico, del Ministro de la Protección Social, suscrito por el Doctor, Diego Palacio Betancourt, en siete (07) folios, frente, **al Proyecto de ley número 12 de 2009 Senado**, por la cual se modifica parcialmente el artículo 14 de la Ley 100 de 1993. Autoría del Proyecto de ley del honorable Senador *Dario Anarita Medellín*.

El Secretario,

Jesús María España Vergara.

CONCEPTO JURIDICO DE LA SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS, OBSERVACIONES AL PROYECTO DE LEY NUMERO 87 DE 2009 SENADO

por la cual se reglamenta el artículo 56 de la Constitución Política y se define el concepto de “servicios públicos esenciales”.

Bogotá, D. C.,

Doctor

JESUS MARIA ESPAÑA VERGARA

Secretario General

Comisión Séptima Constitucional

Senado de la República

Ciudad

Referencia: Observaciones al Proyecto de ley número 87 de 2009 Senado, *por la cual se reglamenta el artículo 56 de la Constitución Política y se define el concepto de “servicios públicos esenciales”.*

Estimado doctor España:

Con el fin de aportar argumentos para el debate del proyecto de ley de la referencia, tengo el gusto de, presentar el análisis efectuado por esta Superintendencia respecto de su constitucionalidad y conveniencia.

Antes de exponer nuestros comentarios, es importante señalar que la entidad comparte lo expresado en la exposición de motivos sobre la obligatoriedad para el Estado colombiano, como parte del “bloque de constitucionalidad, de armonizar su legislación laboral con los convenios de la OIT y la doctrina elaborada por los órganos de control de esa organización internacional¹.

Por tanto, la SSPD concuerda en que la determinación de los “servicios públicos esenciales” en la legislación interna, como categoría jurídica que permite válidamente la limitación del derecho a la huelga de los trabajadores, debe obedecer, en buena medida, lo dispuesto en dichos convenios y doctrina.

En ese orden de ideas, a continuación pasamos a efectuar las siguientes observaciones frente a aquellos artículos del proyecto que revisten mayor importancia para la SSPD.

1°. Artículo 1°.

a) El proyecto de ley es impreciso e incompleto en la determinación de los servicios públicos esenciales

El artículo 1° del proyecto de ley establece:

“Artículo 1°. Modifíquese el artículo 430 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual quedará así.

Artículo 430. De conformidad con la Constitución Nacional y las normas Internacionales del Trabajo, contempladas por la Organización Internacional del Trabajo, OIT, se restringe el derecho de huelga a los funcionarios públicos que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado y en los servicios públicos esenciales, definidos para efectos de la presente ley como aquellos cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona, en toda o parte de la población.

Para este efecto se consideran como funcionarios que ejercen funciones de autoridad en nombre del

Estado a los ministros y viceministros de Estado; los directores de departamentos administrativos; los presidentes y vicepresidentes de empresas industriales y comerciales del Estado; los alcaldes y gobernadores con sus respectivos gabinetes; los congresistas, diputados y concejales; los funcionarios de las Altas Cortes y las Fuerzas Armadas.

Igualmente para efectos de las restricciones contenidas en este artículo, se consideran servicios públicos esenciales las siguientes actividades;

a) La prestación de servicios de salud en el sector de hospitalización, cirugía y urgencias.

b) Los servicios de abastecimiento de agua.

c) El servicio telefónico.

d) Los servicios de electricidad.

e) El control de tráfico aéreo.” (Las subrayas son nuestras).

Lo primero que debe advertirse es que, dentro de los servicios públicos esenciales que menciona el artículo 1° del proyecto, no están incluidos los servicios de alcantarillado, aseo, distribución de gas combustible y actividades complementarias, los cuales, al quedar excluidos, afectan negativamente los artículos 1° y 4° de la Ley 142 de 1994.

En efecto, el artículo 1° del proyecto de ley –que pretende modificar el artículo 430 del Código Sustantivo del Trabajo– considera como servicios públicos esenciales las siguientes actividades:

En segundo lugar, tampoco hay una clara justificación de dicha exclusión, porque, al acudir al bloque de constitucionalidad, se encuentra que en la lista de los servicios considerados por la OIT como no esenciales, no aparecen los servicios públicos domiciliarios de alcantarillado, aseo y distribución de gas combustible.

La fuente del contenido del artículo 1° del proyecto de ley es el párrafo número 544 de la recopilación de decisiones de la OIT², en el cual aparece una lista que no es restrictiva. Esta lista simplemente enuncia servicios, en relación con los cuales ya ha habido un pronunciamiento en que han sido calificados como “esenciales”. De modo que no es contrario al derecho internacional incluir otros servicios.

La inclusión de otros servicios es posible, por cuanto la misma OIT señaló:

² El documento puede consultarse en: <http://training.itcilo.it/ils/foa/library/digestdecisiones/es/23119.htm>

También en el libro “Compilación jurisprudencia y doctrina nacional e internacional”. Volumen II, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2002.

Dicho párrafo tiene el siguiente texto:

“544. Pueden ser considerados como servicios esenciales: - el sector hospitalario (véase Recopilación de 1985, párrafo 409);

los servicios de electricidad (véase 238.o informe, caso núm. 1307, párrafo 325);

los servicios de abastecimiento de agua (véanse Recopilación de 1985, párrafo 410; 281.er informe, caso núm. 1593 (República Centroafricana), párrafo 268, y 284.o informe, caso núm. 1601 (Canadá/Quebec), párrafo 52);

- los servicios telefónicos (véanse Recopilación de 1985, párrafo 427, 279.o informe, caso núm. 1532 (Argentina), párrafo 284, y 294.o informe, caso núm. 1686 (Colombia), párrafo 294);

- el control del tráfico aéreo (véase Recopilación de 1985, párrafo 412)”.

¹ Ver: Corte Constitucional, Sentencias T-568 de 1999 y C-567 de 2000.

“541. Lo que se entiende por servicios esenciales en el sentido estricto de la palabra depende en gran medida de las condiciones propias de cada país. Por otra parte, este concepto no es absoluto puesto que un servicio no esencial puede convertirse en servicio esencial cuando la duración de una huelga rebasa cierto período o cierto alcance y pone así en peligro la vida, la seguridad de la persona o la salud de toda o parte de la población.”

(Véase 265.o informe, caso núm. 1438 (Canadá), párrafo 398.)” (La subraya es nuestra).

Por supuesto, la calificación de servicios distintos de los de la lista del párrafo 544 (fundamento del artículo 1° del proyecto de ley) como “esenciales”, no puede hacerse de manera arbitraria, pues se trata de un concepto con base en el cual se impondrán restricciones al derecho de huelga.

- a) La prestación de servicios de salud en el sector de hospitalización, cirugía y urgencias.
- b) Los servicios de abastecimiento de agua.
- c) El servicio telefónico.
- d) Los servicios de electricidad.
- e) El control de tráfico aéreo.

Es posible que se interprete que el mencionado artículo 430 propuesto es una norma “especial” en cuanto al desarrollo del artículo 56 de la Constitución y que, por tanto, se entienda derogado de manera tácita el artículo 4° de la Ley 142 de 1994, que dispone:

“Artículo 4°. Servicios públicos esenciales. Para los efectos de la correcta aplicación del inciso primero del artículo 56 de la Constitución Política de Colombia, todos los servicios públicos, de que trata la presente ley, se considerarán servicios públicos esenciales”.

Pero para entender el contenido del artículo 4°, es preciso remitirse al artículo 1° de la Ley 142 de 1994, que establece:

“Artículo 1°. Ambito de aplicación de la ley. Esta ley se aplica a los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía fija pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural; a las actividades que realicen las personas prestadoras de servicios públicos de que trata el artículo 15 de la presente ley, y a las actividades complementarias definidas en el Capítulo II del presente título y a los otros servicios previstos en normas especiales de esta ley.”

Es de observar entonces que el proyecto de ley no se ajusta a la Ley 142 de 1994, en la medida que dentro de los servicios que entiende como “esenciales”, no incluye los servicios de alcantarillado, aseo, distribución de gas combustible y las actividades complementarias, en los términos del Capítulo II del título preliminar de la misma ley.

Con ello, se genera un altísimo riesgo para el bienestar de la comunidad derivado de la posibilidad de huelga en los servicios de alcantarillado, aseo o distribución de gas combustible, todo lo anterior, de manera contraria a la Constitución, como se explica a continuación.

En primer lugar, porque es evidente que una huelga en los servicios de acueducto, alcantarillado, aseo o distribución de gas combustible, puede poner en

peligro la vida, la seguridad y la salud de toda o parte de la población. Bastaría pensar un segundo en Bogotá después de dos semanas sin servicio de aseo, o en los riesgos derivados del abandono por varios días de las redes de alcantarillado o de la infraestructura que se utiliza para distribuir el gas a miles de familias que hoy lo utilizan.

Por eso la misma OIT, de manera clara, señaló el “criterio” válido para hacer dicha calificación:

“540. Para determinar los casos en los que podría prohibirse la huelga, el criterio determinante es la existencia de una amenaza evidente e inminente para la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población.”

(Véase 279.o informe, caso número 1576 (Noruega), párrafo 114.)” (La subraya es nuestra).

En el párrafo número 545 del mismo documento hay otra lista que tampoco es restrictiva, en la cual aparecen los servicios que no son esenciales en el sentido estricto del término, y dentro de la cual no se enuncian los servicios de alcantarillado, aseo, distribución de gas combustible y actividades complementarias.

Así las cosas, comoquiera que los servicios de alcantarillado, aseo y gas cumplen con el criterio mencionado en el párrafo 540, no se entiende la razón de su exclusión.

De otro lado, por la imprecisión de los términos que utiliza el proyecto, verbigracia “abastecimiento de agua”, “servicio telefónico”, “servicios de electricidad”, es claro que se dificulta su aplicación a las actividades complementarias de dichos servicios, precisadas en la Ley 142, en la medida en que, tratándose de una norma que restringe derechos, su interpretación debe ser restrictiva.

En este orden de ideas, para que el proyecto de ley en estudio no sea altamente inconveniente por contrariar lo preceptuado por la Ley 142 de 1994, que tiene amplio sustento constitucional por la relación directa de todos los servicios públicos domiciliarios con derechos fundamentales, esta norma debería modificarse en el sentido de indicar que, además de los servicios públicos de abastecimiento de agua, telefónico y de electricidad - cuya denominación debe precisarse en los términos correctos de la Ley 142 de 1994, también son esenciales los demás servicios públicos de los que trata la Ley 142 de 1994.

b) Adoptar un criterio “subjetivo” para determinar los casos en que se prohíbe el derecho de huelga, no es constitucional.

En relación con el mismo artículo, la SSPD quiere respetuosamente sugerir que se reconsidere el criterio “subjetivo” que también allí se adopta, retomando su propia doctrina en el Concepto SSPD-OJ-2003-455, en el cual estudió un proyecto de ley³ con idéntico contenido al que hoy nos ocupa, presentado igualmente por el honorable Senador Jesús Bernal Amorochó. En dicho concepto se indicó lo siguiente:

“Es pertinente anotar que el proyecto de ley tiene en cuenta el criterio personal o subjetivo para determinar los casos en que debe restringirse el derecho de huelga, señalando que sólo a algunas personas

³ Proyecto de ley número 91 de 2003 Senado, archivado en Comisión Séptima del Senado de la República

les está prohibido efectuar o participar en una huelga. Lo anterior desconoce el concepto de actividad o servicio y, en este contexto no resulta coherente la definición propuesta con la naturaleza de la esencialidad como criterio para restringir el derecho de huelga.

Igualmente, debe considerarse que el contenido normativo propuesto, permitiría que otros servidores públicos diferentes a los enunciados y aquellos particulares que presten servicios públicos considerados esenciales, si puedan efectuar o participar en una huelga, lo cual resulta del todo ilógico, pues piénsese por ejemplo que, sólo el presidente y el vicepresidente de una empresa pública prestadora de servicios públicos domiciliarios estarían imposibilitados de participar en una huelga, mientras que los funcionarios o empleados que se necesiten para operar los instrumentos con que se presta el servicio, paralizarían la actividad en desmedro del interés público de la continua y eficiente prestación de los servicios públicos.

Así las cosas, la restricción propuesta en la reforma, se aleja del todo de la definición doctrinal y jurisprudencial de servicios públicos esenciales y estaría en desacuerdo con la posición asumida por la Corte Constitucional en Sentencia C-473 de 27 de octubre de 1994, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero:

“El Constituyente estableció la noción de servicio público esencial como un límite material a la capacidad de limitación del Legislador del derecho de huelga. Es entonces ilógico suponer que el Congreso pueda **redefinir, de manera discrecional**, estos límites establecidos por la Constitución, lo cual sucede si el Congreso puede calificar cualquier actividad de servicio público esencial y la Corte no ejerce un control material sobre esas definiciones legales. En efecto, si el Congreso puede redefinir los límites constitucionales de un derecho fundamental, entonces el Legislador, en sentido estricto, deja de estar sujeto a la Constitución y el derecho deja de estar garantizado por la Carta. Ya con anterioridad, esta Corporación había establecido que el Legislador no puede reclamar el monopolio de la interpretación y definición de los conceptos constitucionales. **Si una determinada actividad no es materialmente un servicio público esencial, no podrá el Legislador prohibir o restringir la huelga porque estaría violando el artículo 56 de la Carta.**” (Negrilla fuera de texto)

En este sentido, el proyecto de ley debe ser consistente con el criterio material que define el contenido de un servicio público como esencial y en consecuencia, el Legislador dentro de su competencia está facultado para señalar las actividades en las cuales los trabajadores públicos y particulares, al igual que las autoridades no pueden participar en huelgas, teniendo en cuenta los principios que definen a nuestro País como un Estado Social de Derecho, la posible afectación de los derechos y libertades fundamentales de las personas con una eventual suspensión del servicio, el interés público y social en la continua y eficiente prestación de las actividades que se definan como esenciales”.

Por tanto, respetuosamente, la SSPD sugiere eliminar dicho concepto “*subjetivo*” del artículo primero del proyecto de ley, referido a cargos específicos dentro de la administración pública.

2º. Artículo 2º.

El artículo 2º del proyecto de ley dispone:

“Artículo 2º. Modifíquese el artículo 450 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual quedará así:

Artículo 450. Casos de ilegalidad y sanciones:

1. La suspensión colectiva de trabajo es ilegal en cualquiera de los siguientes casos:

a) Cuando se trate de un servicio público esencial, de acuerdo con la definición hecha en la presente ley;

(...)” (La subraya es nuestra).

El literal a) del numeral primero del actual artículo 450 del Código Sustantivo del Trabajo señala:

“1. La suspensión colectiva del trabajo es ilegal en cualquiera de los siguientes casos:

a) Cuando se trate de un servicio público; (...).”

Dicho literal fue declarado exequible por la Corte Constitucional, “siempre que se trate, conforme al artículo 56 de la Constitución, de servicios públicos esenciales definidos por el legislador”⁴. Por lo tanto, modificar este literal para que se restrinja el derecho a la huelga cuando se trata de la prestación de servicios públicos exclusivamente esenciales, es constitucional, respetuoso del artículo 56 de la Carta y de la jurisprudencia de la Corte proferida sobre el particular.

3º. Artículo 4º.

El artículo 4º del proyecto de ley prescribe:

“Artículo 4º. Modifíquese el artículo 453 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual quedará así:

Artículo 453. Tribunales especiales. (...)

Para los casos de conflictos colectivos de trabajo que se presenten en los servicios públicos esenciales y que no hubieren podido resolverse mediante arreglo directo, se establecerán tribunales de arbitramento paritarios, designados así: un árbitro por parte de la empresa y otro árbitro por el sindicato o sindicatos a los que estén afiliados más de la mitad de los trabajadores o, en defecto de estos, por los trabajadores en asamblea general o mediante votación, si la empresa tiene varias sedes en diferentes ciudades del país.” (La subraya es nuestra).

En relación con dicha disposición, debemos manifestar que las restricciones o prohibiciones funcionan adecuadamente en la medida en que vayan acompañadas de ciertas garantías compensatorias. De manera que, cuando el derecho de huelga ha sido suprimido o limitado, los trabajadores deben gozar de una protección adecuada, de suerte que se les compensen las restricciones impuestas. Eso significa el otorgamiento de garantías apropiadas, tales como procedimientos de conciliación y arbitraje imparciales y rápidos.

Lo anterior depende de que los miembros de los órganos encargados de esas funciones sean estrictamente imparciales, lo que a su vez tiene que ver con quien hace el nombramiento de los miembros del tribunal de arbitramento. La OIT ha realizado reco-

⁴ Sentencia C-473 de 1994. Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.

mendaciones a Colombia en el sentido de que el Gobierno Nacional —entiéndase Ministerio de la Protección Social—, no puede ser la autoridad encargada de declarar ilegal una huelga. Y esa fue la razón por la cual la Ley 1210 de 2008, “*por la cual se modifican parcialmente los artículos 448 numeral 4 y 451 del Código Sustantivo del Trabajo y 2 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y se crea el artículo 129A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y se dictan otras disposiciones*”, en su artículo 2^o, modificó el artículo 451 del Código Sustantivo del Trabajo, disponiendo que la declaratoria debe ser judicial.

En ese orden de ideas, modificar el artículo 453 del Código Sustantivo del Trabajo para que en la conformación del tribunal de arbitramento, en caso de conflicto laboral en una empresa de servicios públicos esenciales, no deba hacer parte un miembro elegido por el Ministerio de la Protección Social, es una manifestación del cumplimiento de las recomendaciones⁶ de la OIT en cuanto a la imparcialidad que debe regir en los mecanismos de resolución de conflictos colectivos laborales; y, con mayor razón, cuando se trata de empresas prestadoras de servicios públicos esenciales, pues ya sus trabajadores tienen restringido el derecho de huelga. Por tal razón, se deben brindar garantías para que también estos trabajadores tengan derecho a manifestar su inconformidad en los aspectos laborales, a pesar de que no puedan ejercer la huelga como mecanismo de solución de controversias.

Ahora bien, el derecho internacional recomienda⁷ —a manera de ejemplo— pero no obliga a adoptar la figura de tribunales paritarios. En esa medida pensamos que, por la experiencia que ha tenido la estructura de nuestra rama judicial, no es conveniente adoptar la figura de tribunales paritarios, pues ello puede ser contraproducente frente a la eventual necesidad de que el número de árbitros sea impar, con el fin de evitar empates en la adopción de las decisiones.

⁵ El artículo 2^o de la Ley 1210 de 2008 establece: “**Artículo 2^o.** *Modifíquese el artículo 451 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual quedará así: Declaratoria de ilegalidad*

1. La legalidad o ilegalidad de una suspensión o paro colectivo del trabajo será declarada judicialmente mediante trámite preferente. En primera instancia, conocerá la Sala Laboral del Tribunal Superior competente. Contra la decisión procederá el recurso de apelación que se concederá en el efecto suspensivo y se tramitará ante la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia. La providencia respectiva deberá cumplirse una vez quede ejecutoriada.
(..)” (La subraya es nuestra).

⁶ En el párrafo 550, la OIT señaló que: “550. *El nombramiento por el ministro en último término de los cinco miembros del Tribunal de Arbitraje de los Servicios Esenciales pone en tela de juicio la independencia e imparcialidad de dicho Tribunal, así como la confianza de los interesados en tal sistema. Las organizaciones representativas de trabajadores y de empleadores deberían poder, respectivamente, elegir a los miembros del Tribunal de Arbitraje de los Servicios Esenciales que los representan.* (Véase 295.o informe, caso núm. 1775 (Belice), párrafo 517.)” (La subraya es nuestra).

⁷ *Ver párrafo No. 551 de la recopilación de decisiones de la OIT.*

Así las cosas, sugerimos que se establezca que los tribunales de arbitramento deben estar conformados por tres (3) árbitros, disponiendo otras fórmulas para la elección del tercer árbitro, tales como su designación por el común acuerdo de los dos árbitros elegidos, o por conformación de listas, o por sorteos.

4°. Artículo 6°

El artículo 6° del proyecto dispone:

“Artículo 6°. *Con el fin de brindar protección adecuada a los trabajadores vinculados a empresas o servicios considerados esenciales, de manera que se les compensen las restricciones impuestas en la presente ley y puedan beneficiarse de garantías apropiadas destinadas a salvaguardar sus intereses, se prohíbe en dichas empresas o servicios el derecho de cierre patronal y la suspensión de sus actividades por decisión de la administración de la empresa*”.

El artículo 6° del proyecto de ley establece que en los servicios considerados esenciales, dentro de los cuales, como ya se vio, hay algunos de los servicios públicos domiciliarios, se prohíbe “*el derecho de cierre patronal y la suspensión de sus actividades por decisión de la administración de la empresa*”. Sin embargo, al igual que con la figura de los tribunales paritarios, no se justifica y el derecho internacional no obliga a prohibir el cierre patronal y la suspensión de actividades, por razones distintas de las de continuidad del servicio. Estas prohibiciones pueden ser inconvenientes para atraer inversión privada al sector, pues existen otras medidas como un arbitraje imparcial y expedito para compensar la limitación del derecho a la huelga, que ya está en el proyecto de ley.

Dicho artículo, en consecuencia, modifica lo dispuesto en el artículo 464 del Código Sustantivo del Trabajo⁸, que no prohíbe el cierre ni la suspensión de actividades de las empresas de servicios públicos, sino que somete dichas medidas al permiso o aviso previo al Gobierno. Medida mucho más propositiva.

En segundo lugar, la SSPD considera inconveniente esta norma por cuanto que, actualmente, las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios pueden ser objeto de disolución y liquidación voluntaria, de tal manera que la intervención estatal se justifica por la afectación o no de la continuidad de la prestación del servicio a cargo de la empresa objeto de la medida —de acuerdo con las normas internacionales—⁹.

Así las cosas, el artículo 6° del proyecto de ley puede ser visto como un desincentivo a los inversionistas privados y la OIT no exige ese tipo de

⁸ “Artículo 464. Empresas de servicios públicos. *Las empresas de servicios públicos que no dependen directa ni indirectamente del Estado no pueden suspender ni paralizar labores sino mediante permiso del Gobierno o dándole aviso a este, con seis meses de anticipación cuando menos, a fin de que puedan tomarse oportunamente las providencias que aseguren la continuidad del servicio.*”

⁹ Ver: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observaciones Generales números 3, 4, 9 y 15.

“compensaciones”¹⁰; por tanto, debería prescindirse de dicha “compensación”, pues basta con el expediente procedimiento arbitral contemplado en el mismo proyecto de ley.

5. Conclusión.

En hilo de lo expuesto, es posible concluir que buena parte de las disposiciones del proyecto de ley es contraria a la Constitución, los mandatos de la OIT y los postulados de la Ley 142 de 1994, de tal manera que no hay duda sobre su inconstitucionalidad e inconveniencia, en los términos que hemos planteado.

Atentamente,

Evamaría Uribe,
Superirintendente de Servicios
Públicos Domiciliarios.

Con copia:

Honorable Senador Rodrigo Lara Restrepo, Presidente Comisión Séptima de Senado

Honorable Senador Alfonso Núñez Lapeira, Vicepresidente Comisión Séptima de Senado Honorable Senador Jesús Antonio Bernal Amorocho, Autor

Honorable Senador Germán Antonio Aguirre Muñoz

Honorable Senador Ricardo Arias Mora

¹⁰ La OIT expresamente señaló:
“546. Cuando el derecho de huelga ha sido limitado o suprimido en empresas o servicios considerados esenciales, los trabajadores deben gozar de una protección adecuada, de suerte que se les compensen las restricciones impuestas a su libertad de acción durante los conflictos que puedan surgir en dichas empresas o servicios. (Véase Recopilación de 1985, párrafo 396.)
547. En cuanto a la índole de las “garantías apropiadas” en caso de restricción del derecho de huelga en los servicios esenciales y en la función pública, la limitación de la huelga debe ir acompañada por procedimientos de conciliación v arbitraje adecuados, imparciales v rápidos en que los interesados puedan participar en todas las etapas, y en los que los laudos dictados deberían ser aplicados por completo y rápidamente. (Véase Recopilación de 1985, párrafo 397.)
(...)
551. Los empleados privados del derecho de huelga porque realizan servicios esenciales deben beneficiarse de garantías apropiadas destinadas a salvaguardar sus intereses: por ejemplo, negativa del derecho de cierre patronal, establecimiento de un procedimiento paritario de conciliación y, cuando la conciliación no logre su finalidad, la creación de un sistema paritario de arbitraje. (Véase 279.o informe, caso núm. 1526 (Canadá/Quebec), párrafo 268.)” (Las subrayas son nuestras).

Honorable Senador Luis Carlos Avellaneda Tarazona

Honorable Senador Jorge Eliécer Ballesteros Bérnier

Honorable Senadora Piedad Córdoba Ruiz

Honorable Senador Jorge Enrique Gómez Montealegre

Honorable Senador Gloria Inés Ramírez Ríos

Honorable Senador Claudia Rodríguez de Castellanos

Honorable Senador Milton Arlex Rodríguez Sarmiento

Honorable Senador Jairo de Jesús Tapias Ospina

Honorable Senadora Ditian Francisca Toro Torres

COMISION SEPTIMA CONSTITUCIONAL
PERMANENTE DEL HONORABLE
SENADO DE LA REPUBLICA.

Bogotá, D. C., a los cinco (5) días del mes de octubre año dos mil nueve (2009).

En la presente fecha se autoriza la publicación en la *Gaceta del Congreso* de la República, el concepto jurídico, de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios a por la Doctora, Evamaría Uribe, en once (11) folios, frente, al Proyecto de ley número 087 de 2009 Senado, *por la cual se reglamenta el artículo 56 de la Constitución Política y se definen el concepto de “servicios públicos esenciales”*. Autoría del Proyecto de ley del honorable Senador *Jesús Antonio Bernal Amorocho*.

El Secretario,

Jesús María España Vergara.

C O N T E N I D O

Gaceta número 1017 - Jueves 8 de octubre de 2009
SENADO DE LA REPUBLICA

	Pág.
CONCEPTOS JURIDICOS	
Concepto jurídico del Ministerio de la Protección Social al Proyecto de ley número 12 de 2009 Senado, por la cual se modifica parcialmente el artículo 14 de la Ley 100 de 1993	1
Concepto jurídico de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, observaciones al proyecto de ley numero 87 de 2009 senado, por la cual se reglamenta el artículo 56 de la Constitución Política y se define el concepto de “servicios públicos esenciales”	4