



Honorables Magistrados

CORTE CONSTITUCIONAL

M.P. MAURICIO GONZALEZ CUERVO

E. S. D.

1

REF: Expediente **D-9873**.

Demanda de inconstitucionalidad contra apartes del inciso del artículo 3 y el inciso primero y tercero del artículo 4 del decreto Ley 1399 de 1990.

JORGE KENNETH BURBANO VILLAMARIN, actuando como ciudadano y **Coordinador del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Bogotá**; identificado como aparece al pie de mi firma, vecino de Bogotá, dentro del término legal según auto (13-09-13), de conformidad con lo establecido en el artículo 242 numeral 1 y el Decreto 2067 de 1991, presentamos la siguiente intervención ciudadana con respecto a la demanda de la referencia y en defensa de la supremacía e integridad de la Constitución de Colombia de 1991.

ANTECEDENTES

El ciudadano **JUAN BAUTISTA OSORIO**, presenta demanda mediante la cual pretende se declare la inconstitucionalidad apartes del inciso del artículo 3 y el inciso primero y tercero del artículo 4 del decreto Ley 1399 de 1990.

La Corte Constitucional admitió la demanda, radicada con el número D-9873 y dispuso su fijación en Lista por el término de ley, dentro del cual nos encontramos para hacer la siguiente intervención.

FUNDAMENTOS DE LA INTERVENCIÓN

El argumento base de las demanda de inconstitucionalidad radica en que se vulnera los artículos 13, 123,125, 150 numerales 7 y 10; 2,25,53 y 333 ya que según el demandante...“*la Ley 10 de 1990, sólo confirió facultades al Presidente de República por el termino de 2 años a partir de la vigencia de la ley, para suprimir dependencias o programas de la Nación y entidades descentralizadas del orden nacional que en virtud dela cesión no pueden continuar realizando el objeto para el cual fueron creadas y organizadas no confiriendo facultades de reglamentación en mataría de reclasificar cargos en el proceso de descentralización del sector saluden Colombia y menos para para establecer excepciones constitucionales al principio general de que todos los empleos de las entidades y órganos del Estado son de carrera, pues al establecer que la entidad receptora en el proceso de descentralización en el sector salud establecido en la ley 10 de 1990 tenga que respetar el tipo de vínculo laboral y el orden de factores salariales y prestacionales que tare el trabajador cesante ; esta estipulando una excepción a que todos los empleo son de carrera e incluso a la excepción que sólo se exceptúan para el caso de trabajadores oficiales excediéndose por el Presidente de República en el desarrollo de las facultades que le fueron otorgadas por el legislador más aún al contrastarlo con el nuevo ordenamiento constitucional”.*

En nuestro criterio y anticipándonos a la conclusión, podemos manifestar que no compartimos los argumentos de la demanda de inconstitucionalidad, pues consideramos que no es procedente que se pretendiera en este caso en particular hacer análisis de normas promulgadas en el tránsito legislativo de la Constitución de 1986, contrastándolas con la Constitución de 1991. Presentamos en consecuencia la argumentación que conduce a demostrar la constitucionalidad de la norma demandada.

El problema que planteamos en el presente caso para la Corte estaría en precisar en su fallo: ¿Sí las normas acusadas se ajustan a la ley de facultades para declarar su constitucionalidad o no, según fuere el caso?

2

I. Competencia del Gobierno Nacional para expedir el Decreto Ley 1399 de 1990.

Se cuestiona la constitucionalidad de los artículos 3 parcial e incisos primero y tercero del artículo 4 del Decreto Ley 1399 de 1990, estatuto que fue expedido por el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades extraordinarias que reglamentaba el artículo 76-12 de la Constitución anterior, en armonía con el artículo 118-8 ibídem, por delegación de funciones otorgadas por la Ley 10 de 1990.

II. Las facultades extraordinarias y el tránsito constitucional.

La norma a la que se contrae la demanda de constitucionalidad es el Decreto Ley 1399 de 1990, expedido con base en las facultades otorgadas al Ejecutivo Nacional en la Ley 10 de 1990. Como se puede establecer, tanto la norma habilitante como el Decreto que la desarrolla, el cual es hoy sujeto de demanda, se expidieron bajo la vigencia de la antigua Constitución.

III. Tránsito Constitucional

Para el caso que ocupa hoy a la Corte se presenta un tránsito de legislación constitucional que tiene operatividad entre la expedición de la ley de facultades y el Decreto-Ley que tienen su nacimiento jurídico bajo la vigencia de la Constitución de 1886 y la solicitud de declaratoria por parte del demandante de los artículos del Decreto Ley 1399 de 1990, que se realiza cuando ya ha sido sancionado y promulgado un nuevo orden jurídico constitucional, que para el caso es la Constitución de 1991.

La Corte Constitucional ha sido del criterio que en el período de transición, cuando se estudia la exequibilidad de las normas en lo referente al procedimiento, la evaluación correspondiente debe hacerse con fundamento “*en la Constitución que tenía vigencia, cuando se le otorgó facultades al ejecutivo nacional*”, es decir los preceptos de la Constitución de 1886 que sirvieron de soporte jurídico para entregar por tiempo determinado, seis (6) meses, y sobre una materia previamente señalada, la potestad legislativa extraordinaria para actualizar la organización y reestructuración del Ministerio de Salud y sus entidades adscritas, de conformidad con las pautas señaladas en la citada ley facultativa, es decir, la ley 10 de 1990.

El juicio de constitucionalidad de las normas en el periodo de transición es desarrollado por la Corte Suprema de Justicia cuando era la garante de la Constitución y sus últimos pronunciamientos en este aspecto se recogen en las sentencias: 416, 417, 434, 435, 510 y 511 de 1992.

En cambio ha expresado la Corte Constitucional que *“cuando se enjuician textos expedidos con anterioridad a la nueva Constitución, por contrariarla, sí será de rigor examinar la materialidad de ellos a la luz de tal Carta Magna, que será ordenamiento subordinante de toda la normatividad precedente y obviamente de la expedida posteriormente”*¹.

En virtud de lo anterior pretendemos abordar el presente análisis con fundamento en los preceptos que para la fecha se tenían es decir que el estudio se delimitará teniendo en cuenta los ordenamientos consignados en la Constitución de 1886 y sus reformas.

IV. La Constitución de 1886 y las Facultades pro-témpore del Presidente de la Republica

En la Constitución de 1886 el artículo 76 numeral 12, le daba facultades al Congreso de la República para *“Revestir, pro témpore, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, cuando la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje,”* entendido el anterior precepto como que las facultades extraordinarias están precedidas de dos condiciones, así: que ellas no se conceden por tiempo ilimitado sino en un lapso concreto y determinado, tiempo que la norma habilitante debe consagrar y para el caso que se estudia, ese término fue de seis (6) meses.

El otro presupuesto esencial, ha dicho la Corte Constitucional, de una ley de facultades, es el pertinente a la materia que debe ser desarrollada por el ejecutivo, tema que la ley facultativa debe señalar en forma clara y precisa para que aquél en cumplimiento de la potestad legal que se le ha encomendado, lleve a cabo su labor como legislador extraordinario.

V. Del uso de las facultades dadas al Presidente en la Ley 10 de 1990.

Ya se dijo que dichas facultades se le otorgaron al Presidente por el término de seis meses, los cuales fueron contados a partir de la vigencia de la Ley, la cual según se constata fue promulgada en el Diario Oficial No. 39137 el día 10 de enero de 1990 y las normas que hoy se demandan, del Decreto Ley 1399 de 1990, fueron expedidas el 4 de julio de ese año, es decir, antes del vencimiento del término señalado por ley de facultades. Luego el Ejecutivo Nacional hizo uso de las atribuciones que le otorgó el Congreso dentro del término legal, al haber expedido el Decreto cuestionado dentro del tiempo previsto en la misma ley 10 de 1990.

VI. El Decreto Ley 1399 de 1990 frente a las facultades

Luego de la evolución del sistema de seguridad social en Colombia en los años 90 se inicia un periodo de transformaciones sociodemográficas que trajo como consecuencia una avalancha del crecimiento de las ciudades, por la migración de la clase campesina y que este factor unido a otros mostro la incapacidad del Estado en el cubrimiento de servicios públicos esenciales entre los cuales se encontraba el servicio de salud al cual no podían acceder las clases menos favorecidas por no contar con los recursos para ello.

Es claro entonces que el Estado tenía una responsabilidad social y debía establecer los mecanismos adecuados para garantizar a la población la

¹ Sentencia C-559 de 1992

prestación de un servicio que está consagrado como una obligación dentro de los fines sociales del Estado.

En este contexto que podemos afirmar que encuentra fundamento la expedición de la Ley 10 de 1990, por la cual se reorganiza el sistema nacional de salud, se interviene por parte del Estado a este sector privado, se le dan determinadas facultades al Presidente de la República para reformar en su estructura administrativa al Ministerio de Salud y sus entidades adscritas, atribución que le autoriza hasta para elevar de categoría al Fondo Nacional Hospitalario, todas estas modificaciones operativas dentro del sector, con el objeto de alcanzar una mejor cobertura de asistencia social a la comunidad.

4

Por lo anterior la Ley 10 de 1990 que sirve de soporte jurídico de facultades al Presidente de la República, para expedir el Decreto Ley 1399 de 1990, como se observa, tuvo su fundamento constitucional en el artículo 76-12 de la Constitución de 1886, norma que señalaba: "*Revestir, pro témpore, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, cuando las necesidades lo exijan o las conveniencias públicas lo aconsejen*".

Y el artículo 51 de la ley, estableció: **Codificación y adecuación institucional.** Concédase facultades extraordinarias al Presidente de la República, por el término de seis meses, a partir de la vigencia de la presente ley, para:

"a) Codificar todas las disposiciones relativas a la organización y administración de la prestación de servicios de salud, incluidas las de la presente Ley;

b) Reformar la estructura administrativa, naturaleza jurídica y funciones del Ministerio de Salud y de sus entidades adscritas, para adecuarlas a las normas de esta ley, pudiendo crear y organizar como Establecimiento Público el Fondo Nacional Hospitalario;

c) Regular la nueva vinculación laboral de los empleados y trabajadores, en los casos de los artículos 16 y 22 de esta ley, sin liquidación de sus prestaciones económicas causadas, y los términos, condiciones y mecanismos para garantizar la transferencia de los valores correspondientes a tales prestaciones o sistemas de concurrencia, en el pago de las mismas"

En el literal a) se le da competencia para codificar las disposiciones relativas a la organización y administración de la prestación de los servicios de salud.

El literal b) es amplio en lo pertinente con las facultades pues otorga facultades respecto de la organización estructural de las dependencias del Ministerio de Salud en particular, y le da para ordenar y cambiar las dependencias, variar su denominación, fijar competencias, reasignar funciones, nivelar el grado jerárquico de las oficinas, fusionar las mismas, crear otras nuevas o adicionar, modificar o quitar sus funciones, crear o abolir cargos, en fin reorganizar los niveles y dependencias de la administración

Por último, el Gobierno Nacional en uso de las facultades expidió el Decreto 1399 de 1990 por el cual se regula la nueva vinculación laboral de los empleados oficiales y trabajadores del sector salud, en los casos de los artículos 16 y 22 con el cual el Presidente desarrolló la potestad que le fuera conferida en el literal c) artículo 51 de la Ley 10 de 1990.

Si se observa el contenido de la ley, claramente se establece que pretendió el legislador organizar un sistema de salud serio, profesional y eficiente, dirigido, vigilado y controlado por el Estado, en el cual se respetaran los derechos de los trabajadores de la salud que por cualquier motivo pudiesen verse afectados durante el término de dicha transformación.

VII. Sistema salarial y prestacional de los empleados Públicos

Consideramos en este aspecto y para una mayor comprensión establecer como se ha concebido a través del tiempo los sistemas salariales y prestacionales de los empleados públicos en Colombia, para lo anterior se transcribe un concepto dado por Flavio Augusto Rodríguez Arce quien preciso en este aspecto lo siguiente:

5

“...se tiene que antes de la expedición de la Constitución de 1991, conforme a la reseña histórica, el sistema salarial y prestacional de los empleados públicos presentaba las siguientes características:

a) De 1886 a 1968. Según el texto original del artículo 62 de la Constitución de 1886, la ley determinaba las condiciones de jubilación y el Congreso de la República creaba todos los empleos y fijaba sus respectivas dotaciones (artículo 76.7). Con el Acto Legislativo No. 3 de 1910, se facultó a las Asambleas para fijar el número de empleados departamentales, sus atribuciones y sueldos (art. 54.5). El artículo 22 de la ley 6ª de 1945 facultó al gobierno para señalar por decreto las prestaciones a pagar a los empleados territoriales. No existía norma, como tampoco ahora, que facultara a las entidades territoriales para establecer prestaciones sociales.

b) A partir del acto legislativo No. 1 de 1968, el Congreso determinaba las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos, así como el régimen de sus prestaciones sociales (art.11). Sin embargo, se contempló la posibilidad de revestir “pro tempore” al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias para regular la materia (artículo 76.12). En todo caso, es claro que para esa época el régimen prestacional de los empleados públicos de todos los niveles - nacional, seccional o local - tenía única y exclusivamente carácter legal, no siendo viable su reconocimiento mediante actos jurídicos de distinto contenido - acuerdos, ordenanzas, actas convenio o convenciones colectivas -.

c) El Acto Legislativo No. 1 de 1968, clarificó que las Asambleas establecían las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleo (artículo 187 de la Constitución de 1886) y los gobernadores fijaban sus emolumentos (artículo 194-9 ibídem). Tales atribuciones fueron conferidas al concejo distrital y al alcalde mayor de Bogotá, por el artículo 2º del decreto 3133 de 1968. El artículo 92.3 del decreto 1333 de 1986, estableció como atribución de los concejos municipales, a iniciativa del alcalde respectivo, la de determinar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos, funciones que, respecto a las entidades descentralizadas municipales, se otorgaron a las autoridades señaladas en los actos de creación o en sus estatutos orgánicos (artículo 290 ibídem).

A partir de la Constitución de 1991 se derivan las siguientes consecuencias:

a) El Congreso de la República está facultado para expedir la ley marco a la cual debe sujetarse el gobierno nacional para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos.

b) El gobierno fija el régimen prestacional de los empleados públicos de todos los órdenes - nacional, seccional o local-, bien que pertenezcan al nivel central de la administración, ora al nivel descentralizado función que, en todo caso, es indelegable en las corporaciones públicas territoriales, las cuales no podrán arrogárselas”.

VIII. La Constitución de 1991 y los regímenes salariales y prestacionales de los servidores públicos

A partir de la expedición de la Constitución Política de 1991, la única autoridad competente para fijar prestaciones sociales en todos los sectores de la administración pública, es el Congreso de la República, sin que sea posible delegar esta atribución a autoridades del orden territorial.

Se puede afirmar que hoy en materia salarial y prestacional de los Empleados Públicos, existe una competencia compartida entre el Congreso y el Presidente de la República, en donde el Órgano colegiado faculta al Ejecutivo para fijar las dotaciones y emolumentos de los Servidores Públicos con base en las normas generales que establecen los objetivos y criterios para el efecto.

Como consecuencia de lo anterior el Congreso de la República mediante la Ley 4ª de 1992, facultó al Gobierno Nacional para fijar el régimen salarial y prestacional entre otros de los Empleados Públicos del orden Nacional cualquiera que sea su sector, denominación o régimen (Art. 1º). El artículo 2º ibídem dispuso lo siguiente:

“Para la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores enumerados en el artículo anterior, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta los siguientes objetivos y criterios:

a) El respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general, como de los regímenes especiales. En ningún caso se podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales;

b) El respeto a la carrera administrativa y la ampliación de su cobertura;

c) La concertación como factor de mejoramiento de la prestación de los servicios por parte del Estado y de las condiciones de trabajo; (...).”

Obsérvese como en el año 1990 el legislativo se preocupó por establecer parámetros dentro de las leyes que dieran una protección especial a los trabajadores; pues tanto en la Ley 10 literal c ya analizado como en los literales a y c del artículo 2 de la Ley 4 de 1992 se enuncia claramente que se deben respetar los derechos en cuanto a salarios y prestaciones sociales de los trabajadores.

IX. Vigencia de la Ley 10 de 1990 y del decreto 1399 de 1990.

A pesar de haber expresado la situación constitucional que enmarca hoy lo prestacional y salarial de los servidores públicos y de considerar que la norma demandada es constitucional, no queremos dejar pasar por alto otras regulaciones a partir de la Constitución de 1991 como la Ley 443 de 1998, modificada por la Ley 909 de 2004 que entro a regular lo pertinente con la carrera administrativa.

Nótese como de lo anterior podríamos inferir que la Ley 10 que en su artículo 30 que dice:

“ARTICULO 30. REGIMEN DE LOS TRABAJADORES OFICIALES Y DE LOS EMPLEADOS PUBLICOS. Las entidades públicas de cualquier nivel

administrativo que presten servicios de salud, aplicarán a sus trabajadores oficiales, en cuanto sean compatibles, los principios y reglas propios del régimen de carrera administrativa, y les reconocerán, como mínimo, el régimen prestacional previsto en el Decreto 3135 de 1968, todo, sin perjuicio de lo que contemplen las convenciones colectivas de trabajo.

A los empleados públicos del sector de la salud de las entidades territoriales y de sus entes descentralizados, se les aplicará el mismo régimen prestacional de los empleados públicos del orden nacional, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 17² de la presente Ley". (Resaltado y subrayas fuera de texto)

7

estaría derogada en virtud del artículo 87 de la ley 443 que establece:

VIGENCIA. <Artículo derogado por el artículo 58 de la Ley 909 de 2004> Esta ley rige a partir de su publicación, deroga las Leyes 61 de 1987, 27 de 1992, el artículo 31 de la Ley 10 de 1990, y el Decreto-ley 1222 de 1993; modifica y deroga, en lo pertinente, los títulos IV y V del Decreto-ley 2400 de 1968, el Decreto-ley 694 de 1975, la Ley 10 de 1990, los Decretos-leyes 1034 de 1991, el Decreto 2169 de 1992, el artículo 53 de la Ley 105 de 1994 <sic, la Ley 105 es del año 1993> en lo referente a los regímenes de carrera, **salarial y prestacional**, y las demás disposiciones que le sean contrarias..

Pero sí bien es cierto el análisis anterior presenta un marco conceptual al parecer diferente del desarrollado; no es menos cierto que a Ley 10 y su Decreto Reglamentario 1399 de 1990, determinaron la continuación respecto al pago de los niveles salariales y prestaciones, para el caso de los Hospitales suprimidos o liquidados, para esa fecha.

Ahora bien a nuestro juicio tanto la Ley 10^a de 1990, como el Decreto Reglamentario 1399 del mismo año, se limitaron a regular la situación excepcional del personal que fuera incorporado a las Entidades Oficiales cuando aquellas para las cuales laboraban fueran liquidadas o suprimidas, bien de carácter oficial o privado, y se retiraran del servicio por cuanto la Entidad para la que trabajaban dejaba de prestar el servicio de salud.

CONCLUSIÓN:

Por las razones expuestas, para el Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional el aparte demandado del artículo 3 y los incisos primero y tercero del decreto Ley 1399 de 1990 no son violatorios ni de la Constitución de 1886, análisis que consideramos debe hacerse a la luz de la constitución de 1886 por estar como

²⁴ **ARTICULO 17. DERECHOS LABORALES.** Las personas vinculadas a las entidades que se liquiden, conforme a lo dispuesto en el artículo anterior, serán nombradas o contratadas, según el caso, por las entidades territoriales o descentralizadas, a las cuales, se hayan cedido los bienes, elementos o instalaciones para la prestación de servicios de salud, sin perder la condición específica de su forma de vinculación.

<Apartes tachados derogados> A los empleados y trabajadores, se les aplicará el régimen salarial y prestacional, propio de la respectiva entidad, sin que se puedan disminuir los niveles de orden salarial y prestacional de que gozaban en la entidad liquidada. Cuando se trate de empleados de carrera administrativa, se les reconocerá continuidad en la carrera.

En lo relativo a los cargos que sean suprimidos se aplicarán en materia laboral las mismas normas previstas en el Decreto 77 de 1987 y sus decretos reglamentarios, en cuanto sean compatibles, y se garantizará, igualmente, la continuidad en la carrera administrativa o su derecho a ingresar a ella".

se dijo en un principio frente a una norma que fue creada en un momento jurídico de tránsito entre dos constituciones, lo anterior pese a que en nuestra consideración las normas demandadas no se encuentran vigentes.

En los anteriores términos dejamos rendida nuestra intervención de acuerdo con lo establecido por la Constitución y la ley

De los señores Magistrados, atentamente,

8

JORGE KENNETH BURBANO VILLAMARIN

C.C. 79356668 de Bogotá.

Coordinador Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional

Facultad de Derecho Universidad Libre, Bogotá.

Calle 8 5-80, Segundo Piso. Cel. 3153465150. Correo: jkbv@hotmail.com