

CONSTITUCIONALIDAD DE LOS ESTABLECIMIENTOS PÚBLICOS

Por Alvaro Tafur Galvis

Para un estudio de la Constitucionalidad de los Establecimientos Públicos hay que tener en cuenta estos aspectos:

- A) La Constitucionalidad del Establecimiento Público, considerado como Entidad de Derecho Público, es decir, si su existencia se ajusta a las preceptuaciones constitucionales.
- B) La forma de su creación.
- C) La Constitucionalidad de las funciones cumplidas por ellos.

Constitucionalidad de los Establecimientos Públicos

- A) Analizando la concepción que informa la Constitución Colombiana, encontramos que ella se concreta en el principio síntesis: "Centralización Política-Descentralización Administrativa".

En desarrollo de este principio, con relación a la organización administrativa nuestra carta dota a las colectividades territoriales en ella reconocidas, Departamentos y Municipios, de autonomía para la gestión y satisfacción de las necesidades que se han considerado como locales; se adopta pues, de manera expresa, el sistema de la descentralización territorial.

En cuanto al sistema de política administrativa, llamado de descentralización por servicios y en especial sobre la forma usual de ejecución de ella, el Establecimiento Público, nuestra Constitución no consagra ninguna previsión. Por esta razón algunos tratadistas han sostenido que los Establecimientos Públicos carecen de legitimidad dentro de nuestras Instituciones.

Sin embargo, desarrollando lógicamente el principio rector de nuestra Constitución, que dejamos enunciado, relacionándolo con principios generales del Derecho Administrativo y ubicando la época de expedición de nuestra Carta Fundamental podemos concluir que la Constitución vigente, de 1886, solo reconoce la

existencia, como entidades descentralizadas al lado de la Nación, de los Departamentos y Municipios, que en esa época se entendían suficientes para el adecuado desarrollo del país.

Hay que tener en cuenta que en aquella época el desarrollo del país a grande escala, apenas si se pensaba. Un principio general del Derecho Administrativo nos enseña que éste debe desarrollarse paralelamente a las necesidades y finalidades del Estado.

A medida que el desarrollo del país se ha ido incrementando y que se han acrecentado las necesidades sociales, ha sido necesario crear entes públicos distintos de los Departamentos y Municipios, pero que responden a la misma idea de descentralización administrativa: los llamados Establecimientos Públicos.

De otra parte, la idea de que existiera entidades administrativas distintas de la nación, los Departamentos y Municipios, no era del todo desconocida en aquella época; pues Don José María Samper en su "Derecho Público Interno de Colombia", al comentar el Art. 185 (187 de la actual codificación) que versaba: "Corresponde a las Asambleas dirigir y fomentar, por medio de ordenanzas y con los recursos propios del departamento, la instrucción primaria y la beneficencia, las industrias establecidas y la introducción de otras nuevas, la inmigración, la importación de capitales extranjeros, la colonización de tierras pertenecientes al departamento, la apertura de caminos y de canales navegables, la construcción de vías ferreas, la explotación de bosques de propiedad del departamento, la canalización de ríos, lo relativo a la policía local, la fiscalización de las rentas y gastos de los distritos, y cuanto se refiera a los intereses seccionales y adelantamiento interno". Dice: "Cuando una Asamblea manda por medio de ordenanzas, que se emprendan y ejecuten, por cuenta y con los recursos propios del departamento, determinados trabajos u obras, o que se organicen y presten con carácter de públicos ciertos servicios de aquellos que corresponden a las Asambleas, entonces es obvio que las respectivas ordenanzas pueden estatuir exclusivamente sobre el modo y términos en que han de prestarse los servicios o ejecutarse las obras, por cuanto las Asambleas los pueden dirigir y quien dirige manda y ordena con exclusión de otra autoridad. De otra suerte sería del todo ilusoria la descentralización administrativa que la Constitución ha querido establecer". Del párrafo transcrito hay que deducir que ya en aquella época se veía como posible y necesaria la existencia de otros "modos" de atender a las necesidades generales de los asociados, distintos de los Departamentos y Municipios; esos modos son en la actualidad y desde hace algún tiempo, esencialmente los llamados Establecimientos Públicos.

Demostrado que la existencia de estos entes autónomos encuentra base en la concepción que informa la Constitución, estudiaremos las normas que se han tenido como fundamento para el reconocimiento de la existencia constitucional de los Establecimientos Públicos.

a) **Establecimientos Públicos del Orden Nacional.**

Respecto a esta clase de establecimientos públicos podemos citar las siguientes normas constitucionales:

El ordinal 10 del Art. 76 de la C. N. que estatuye:

“Corresponde al Congreso hacer las Leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones:

...10 Regular el Servicio Público, determinando los puntos de que tratan los Arts. 62 y 132 y las demás prescripciones constitucionales”.

En armonía con el anterior texto podemos citar el Art. 7º Constitucional que dice:

“Fuera de la división general del territorio habrá otras dentro de cada Departamento para arreglar el Servicio Público. Las divisiones relativas a lo fiscal, lo militar, la instrucción pública y el fomento de la economía, podrán no coincidir con la división general”.

La atribución del Congreso de regular el servicio público, le permite establecer la manera que estime más conveniente para una mejor prestación del servicio; dentro de las formas de prestación de los Servicios Públicos está la que consiste en dotar a una determinada entidad de personalidad jurídica, con patrimonio propio y encomendarle la prestación de un servicio determinado. El acto Legislativo Número 5 de 1954 fue la primera norma de orden constitucional, que se refirió a los Establecimientos Públicos, autorizando su creación por parte del Legislador: “El Legislador podrá crear Establecimientos Públicos dotados de personería jurídica autónoma para la prestación de uno o más servicios especialmente determinados los cuales tendrán competencia para la ejecución de los actos necesarios al cumplimiento de su objeto, y en las actividades podrá abarcar todo el territorio nacional o parte de él”.

“También podrá el Legislador autorizar a los Departamentos y Municipios para la creación de establecimientos de este género dentro de sus respectivos territorios. Lo mismo que regular las asociaciones de carácter público entre municipios o departamentos para prestar determinados servicios públicos”.

En virtud de esa autorización el Gobierno creó la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca (Decreto Legislativo 3110 de 1954), que constituyó el primer ensayo para integrar zonas uniformes territorialmente para un mejor desarrollo y aprovechamiento de la riqueza. Con la Reforma Plebiscitaria de 1957 ese texto quedó suprimido, pues según ella: “La Constitución Política de Colombia es la de 1886, con las reformas de carácter permanente, introducidas hasta el Acto Legislativo Nº 1 de 1947 inclusive, y con las siguientes modificaciones...” (Plebiscito de 10 de Diciembre de 1957, Decreto Legislativo 247,

de Octubre 4 de 1957 y 251 de Octubre 9). Como vemos quedó excluido de las normas constitucionales el Acto Legislativo Nº 5 de 1954. Sin embargo la autorización otorgada por este Acto Legislativo, si bien muy explícita, no era necesaria, pues mucho antes de la vigencia de él se habían creado Establecimientos Públicos, con base en el Ordinal 10 del Art. 76 y del 7º en lo relativo a lo fiscal, lo militar y la instrucción pública. El Art. 1º del Acto Legislativo Nº 3 de 1959 extendió la facultad de no coincidencia con la división general, cuando se tratara de divisiones relativas al fomento de la economía.

Con base en las normas anteriores se han creado en nuestro medio los establecimientos públicos de orden nacional; y especialmente fundados en la última (Art. 7º complementado por el 1º del Acto Legislativo Nº 3 de 1959) se han creado aquellos establecimientos públicos que se han denominado generalmente Corporaciones Autónomas Regionales, llamadas a cumplir función trascendental en el desarrollo del país, ya que por medio de ellas se persigue una adecuada integración del territorio nacional consultando la formación de regiones homogéneas que permitan una mejor explotación de la riqueza, dirigida por técnicos, y no por autoridades políticas, como lo son las de los respectivos Departamentos en que generalmente está dividido el territorio nacional.

En el Artículo 64 también podemos obtener una base para el reconocimiento de la existencia constitucional de estas entidades. Dice el mencionado Artículo que: “Nadie podrá recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público o de Empresas o Instituciones en que tenga parte principal el Estado, salvo lo que para casos especiales determinen las leyes. Entiéndese por Tesoro Público el de la Nación, los Departamentos y los Municipios”. Esta disposición complementada por el Art. 237 de la Ley 4ª de 1913 nos muestra que, en ella hay también un reconocimiento de la existencia constitucional del Establecimiento Público, dice tal norma “La Ley reconoce Establecimientos, bienes y rentas de la Nación; establecimientos bienes y rentas de los Departamentos y establecimientos, bienes y rentas de los Municipios”.

Además, el Art. 237 del Código de Régimen Político y Municipal reconoce la existencia de Establecimientos de la Nación.

El anterior análisis nos demuestra cómo sí existen bases concretas que han servido para la creación de las entidades llamadas Establecimientos Públicos del orden nacional, es decir, de aquellas que tienen por objeto prestar un servicio público, cumplir una determinada actividad de interés nacional y cuya creación incumbe de manera directa a las autoridades administrativas del orden nacional.

Por otra parte, la Corte Suprema de Justicia ha expresado en repetidas ocasiones que “No hay razón alguna de orden cien-

tífico, ni técnico, ni de carácter constitucional que impida al Legislador colombiano la formación de estas organizaciones autónomas a las que se les hace jugar un papel análogo al de las personas naturales, aislándolas dentro de la Administración General, con el objeto de agilizar y comercializar determinadas actividades o servicios públicos". (G. J. 1780, pág. 567).

Establecimientos Públicos del Orden Departamental

Las normas que sirven de fundamento constitucional a los Establecimientos Públicos en el nivel departamental, son:

Artículo 182: "Los Departamentos tendrán independencia para la administración de los asuntos seccionales, con las limitaciones que establece la Constitución".

Artículo 187, Ord. 1º, 2ª parte final y 6º. "Corresponde a las Asambleas:

1º—Reglamentar por medio de Ordenanzas y de acuerdo con los preceptos constitucionales y legales los establecimientos de instrucción primaria y secundaria y los de beneficencia, cuando fueren costeados con fondos del Departamento";

2º—Dirigir y fomentar... cuanto se refiere a los intereses seccionales y al adelantamiento interno.

6º—Llenar las demás funciones que les señalen la Constitución y las Leyes".

De los anteriores textos podemos concluir:

Los Departamentos gozan de independencia para la administración de los asuntos seccionales; pueden por tanto, escoger los distintos medios que en un momento dado consideren más eficaces para el adelantamiento y desarrollo de la respectiva sección. El medio más adecuado, como lo hemos visto, para el cumplimiento de ese fin consiste en crear ciertas "juntas autónomas, integradas a la administración seccional, atribuirles un patrimonio y afectarlo a la prestación de un determinado servicio.

El Ord. 1º del Artículo 187, autoriza a reglamentar por medio de Ordenanzas los establecimientos de instrucción primaria y secundaria y los de beneficencia, cuando fueren costeados con fondos del Departamento. Tanto la asistencia pública como la instrucción pública son servicios públicos de cargo del Estado. Estos establecimientos públicos a que se refiere el Art. 187, son claramente Establecimientos Públicos, pues prestan servicios públicos propios del Estado (Art. 19 C. N.), como son la instrucción y la beneficencia pública, y si son costeados con fondos departamentales, debemos concluir que se trata de establecimientos públicos departamentales. En apoyo de este aserto viene el Art. 237 del C. R.P. y M., según el cual "La Ley reconoce establecimientos, bienes y rentas de la Nación. Establecimien-

tos, bienes y rentas de los Departamentos y Establecimientos, bienes y rentas de los Municipios. Lo relativo a los primeros se arregla por las Leyes, y lo que mira a los terceros, por los acuerdos, sobre las bases fijadas en las leyes y en las ordenanzas".

El Ordinal 6º establece que corresponde a las Asambleas llenar las demás funciones que les señalen la Constitución y las Leyes. Dentro de estas funciones están las que otorga la Ley 4ª de 1913 a las Asambleas en el Art. 97 y que dejamos analizadas.

Por otra parte tenemos, que la existencia de estas entidades a nivel departamental se reconoce en el Art. 194, Ord. 5º que expresa: Son atribuciones del Gobernador... 5ª Ejercer el derecho de vigilancia y protección sobre las corporaciones oficiales y establecimientos públicos. Esta vigilancia se ejerce sobre establecimientos públicos departamentales, pues si son de otra clase esa vigilancia estará asignada al Presidente o al Alcalde.

c) Establecimientos Públicos Municipales.

En cuanto a la constitucionalidad de los Establecimientos Públicos Municipales podemos relacionar:

Art. 197: "Son atribuciones de los Concejos, que ejercerán conforme a la Ley las siguientes:

Ord. 1º Ordenar por medio de Acuerdos lo conveniente para la Administración del Distrito.

Ord. 4º Ejercer las demás funciones que la Ley les señale".

En la norma anterior se consagran, pues, las facultades de los Concejos para organizar lo relativo y conveniente para la administración del respectivo distrito entre las cuales está incluida la autorización para crear juntas autónomas de administración, bajo la forma de Establecimientos Públicos.

Además, el Artículo 237 del Código de Régimen Político y Municipal, consagra la existencia de estas entidades a nivel departamental y municipal, cuando dice: "Art. 237.—La Ley reconoce establecimientos, bienes y rentas de la Nación; establecimientos, bienes y rentas de los Departamentos, y establecimientos, bienes y rentas de los Municipios".

CREACION DE LOS ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS

1) Establecimientos Públicos Nacionales

En principio podemos afirmar que la facultad de crear Establecimientos Públicos Nacionales es privativa del Congreso. Como vimos el ordinal 10 del Artículo 76 al tratar de las atribuciones del Congreso, lo autoriza para "regular el servicio pú-

blico por medio de leyes". Esta expresión utilizada por el Constituyente comprende todas las medidas tendientes a dotar a la comunidad de los medios necesarios y más adecuados para la satisfacción de sus necesidades generales. Una forma de regulación del servicio público es esencialmente crear una entidad y encargarle la prestación de un servicio específico.

Se presenta el problema de saber si el Presidente de la República en su calidad de Suprema Autoridad Administrativa que le reconoce el Artículo 120 de la Constitución puede, dentro del ejercicio ordinario de sus funciones crear entidades de la naturaleza de los Establecimientos Públicos; es decir que sí se pueden crear estos entes autónomos mediante Decretos ismplemente Ejecutivos o Reglamentarios, que constituyen el medio ordinario utilizado por el Presidente de la República para cumplir las funciones señaladas en la Constitución.

El Consejo de Estado, al absolver una consulta del Señor Ministro de Fomento, en providencia de 6 de Julio de 1965, expresó, basándose en el Artículo 1º de la Ley 151 de 1959 que es del siguiente tenor:

"Las empresas y establecimientos públicos descentralizados, cualquiera que sea la forma de administración adoptada, son parte de la administración pública; sus bienes y rentas por su origen, son desmembración del patrimonio público, y están afectos a la prestación de servicios públicos culturales o sociales, y la regulación y fomento de la economía nacional, dentro de los límites que señala la Constitución".

"La norma transcrita indica —argumenta el Consejo— claramente que el Presidente de la República no puede por simple Decreto Ejecutivo, crear entidades de las llamadas establecimientos públicos. La creación de un establecimiento público, por lo mismo que constituye una "desmembración del patrimonio público" y forma parte de la rama ejecutiva del poder público, es atribución exclusiva del Congreso Nacional, porque el aporte del Estado tiene que ver con la formación del Presupuesto Nacional y según el ordinal 3º del Artículo 76, el Congreso debe dictar las disposiciones para la formación del Presupuesto Nacional".

Además, estudiando la distribución de funciones y atribuciones que hace la Constitución, entre las distintas autoridades encontramos que es al Congreso que se ha encargado de la regulación del servicio público, por medio de Ley (Artículo 76, Ordinal 10); entre las atribuciones propias del Presidente de la República, no figura ninguna que lo habilite para la regulación del servicio público. Claro está, que el Presidente cuando esté investido de Facultades Legislativas, en virtud del Artículo 121 y del Ordinal 12 del Artículo 76 de la Constitución, sí podrá crear Establecimientos Públicos.

2) Establecimientos Públicos Departamentales y Municipales

No ha habido un criterio uniforme en las decisiones de los Tribunales y en los conceptos de los tratadistas acerca de la posibilidad de creación de entidades autónomas, con personería jurídica y asignación de un patrimonio determinado afectado a la prestación de un servicio público por parte de los Departamentos y Municipios.

A este respecto se pueden esbozar dos tesis extremas:

- a) Creación atribuída con exclusividad al Legislador;
 - b) Creación por parte de las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales.
- A) Partiendo del principio, según el cual es al Legislador a quien corresponde la regulación del servicio público y el otorgamiento de personería jurídica, elemento esencial del Establecimiento Público, se niega la facultad de creación de estas entidades por parte de las secciones descentralizadas.
 - B) Teniendo como fuente el Título XVIII de la Constitución, sobre "Administración Departamental y Municipal", algunos Tribunales Administrativos han sostenido que las Asambleas y los Consejos sí tienen atribución constitucional para crear en forma autónoma estos Establecimientos.

Esta atribución se ha visto consagrada en los artículos 182, 187, ard. 1º y 2º, y 197 de la Carta.

La Doctrina y la Jurisprudencia, principalmente del H. Consejo de Estado, han aceptado conciliando las dos tesis extremas anteriores, que los Departamentos y Municipios —mediante Ordenanzas y Acuerdos— pueden crear Establecimientos Públicos, con autorización previa del Legislador.

Así el Consejo de Estado, en sentencia de 10 de Diciembre de 1965 (Consejero Ponente Doctor Arturo Tapias) expresó que "La personalidad les es conferida a los Establecimientos Públicos originados en Ordenanza Departamental o Acuerdo Municipal, por el solo hecho de su creación efectuada en ejercicio de la facultad que para tal creación otorgan nuestras Leyes".

Sin embargo, se han presentado discrepancias en cuanto al alcance de la autorización legal. Para la Corte Suprema de Justicia, esta autorización debe ser particular para cada caso de creación de Establecimientos Públicos Departamentales y Municipales, según se infiere de la Sentencia de 28 de Junio de 1967, cuando dice: "Si de Establecimientos Públicos Departamentales o Municipales se trata, su creación requiere la autorización del Legislador, llamado a regular primariamente el servicio público, y su funcionamiento debe ajustarse al precepto legislativo originario". (Derecho Colombiano Nº 68, pág. 434).

Basados en Disposiciones de la Ley 4ª de 1913 (Código de Régimen Político y Municipal) creemos que la autorización legal para las Asambleas y Concejos debe ser general y no específica. En efecto el Art. 169, Ord. 19, expresa que "son atribuciones de los Concejos crear juntas para la administración de determinados ramos del servicio público, cuando lo juzgue conveniente y reglamentar sus atribuciones". Por su parte el Art. 97, Ord. 10 de la misma obra preceptúa que son funciones de las Asambleas... El arreglo, fomento y administración de las obras y establecimientos que interesen exclusivamente al departamento; basta pues, que las Asambleas y los Concejos se ajusten a esa autorización general, para que puedan crear entidades autónomas para la administración y prestación de determinados servicios.

En respaldo de ésto se puede transcribir un aparte de la Sentencia de 28 de Mayo de 1947 del Consejo de Estado, dictada en el juicio de nulidad de la Ordenanza N° 12 de 1943, de la Asamblea Departamental de Antioquia, con ponencia del Doctor Gonzalo Gaitán:

"Que este proceder tiene innegable apoyo en la Ley, no cabe duda. Ya en lo Municipal el Art. 169 de la Ley 4ª de 1913, había dicho "son atribuciones de los Concejos... 19. Crear Juntas para la administración de determinados ramos del servicio público cuando lo juzgue conveniente y reglamentar sus atribuciones..."; no fue tan explícito el Legislador al otorgar la facultad de crear Juntas para la administración de determinados servicios a las Asambleas, como lo fue respecto de los Concejos. Sin embargo, donde hay la misma razón debe haber la misma disposición, y si los Concejos pueden crear estas Juntas, a fortiori; podrán hacerlo las Asambleas. Pero no se necesita acudir al argumento de analogía, cuando el Art. 331 del Código de Régimen Político y Municipal dice "La administración nacional y las de departamento, provincia o municipio pueden auxiliar sus trabajos con el concurso de Juntas Patrióticas, en ramos especiales, y en su caso pueden dotar los empleados subalternos que dichas juntas o comisiones necesiten" (Anales del Consejo de Estado. Tomo LVII, págs. 115 y 116).

EN QUE CONSISTE LA POLITICA JURIDICA DEL PRESIDENTE LLERAS

Por Jaime Vidal Perdomo

I PARTE

Hoy en día, en los círculos de opinión y en las publicaciones periodísticas, se habla con mucha frecuencia de "la política económica" del Gobierno, de su "política internacional", de su "política salarial". ¿Puede pensarse que existe también una política jurídica de los gobiernos?

Siendo el derecho una ciencia y un arte de disciplina y regulación sociales, cuya presencia se advierte en todas las manifestaciones de la vida de las sociedades políticas, que propicia —pues que esta es su finalidad— la solución pacífica de los conflictos de intereses que viven los pueblos y que es, además, instrumento de cambio que favorece la remodelación institucional, económica y social de los países, es evidente que puede configurarse y existir una política jurídica.

Y así como una política económica y una política internacional se forman por una actitud y un proceder que determinan el empleo de los recursos internacionales, administrativos, financieros y humanos para el logro de objetivos preestablecidos, así también una política jurídica podría definirse como la utilización de los recursos de toda índole que se posean para mantener el imperio de las normas jurídicas y para hacer del derecho aparato o palanca del cambio que las sociedades necesitan para su progreso.

Pero, fuera de esto, el derecho como la libertad, exige una permanente vigilancia. Descuidada ésta el derecho se convierte en arte mudo y frío, en recetario de fórmulas tinterillescas, en arma de guerra de los poderosos contra los débiles, en indebido protector de la fuerza que se impone.

En torno a estos dos aspectos del derecho como permanente vigilancia y del derecho como instrumento de cambio, puede analizarse la gestión del gobierno que asumió la dirección del país el 7 de agosto de 1966 y concluir de ello cuál ha sido su política jurídica.

A) El derecho como permanente vigilancia.