



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas

Bogotá D.C., veintidós (22) de enero de dos mil quince (2015)

Radicación interna: 2226

Número Único: 11001-03-06-000-2014-00181-00

Referencia: Reglas de proporcionalidad en la ocupación de ingenieros de petróleos extranjeros en las empresas colombianas

El Viceministro de Relaciones Laborales e Inspección encargado de las funciones del Despacho del Ministro de Trabajo, consultó sobre aspectos referidos al alcance de la figura de proporcionalidad en ocupación de ingenieros extranjeros en las empresas colombianas, en particular a la exigencia que hace el Consejo Profesional de Ingeniería a los ingenieros de petróleos de otras naciones para el trámite de la Licencia Especial Temporal como requisito para el ejercicio de la profesión en el país. La consulta se formula con base en los siguientes:

I. ANTECEDENTES

1. Señaló el señor Viceministro que la proporcionalidad laboral del artículo 74 del Código Sustantivo de Trabajo establecía el porcentaje o cuota entre trabajadores nacionales y extranjeros en las empresas y que el análisis para determinarla se hacía con base en la lista de trabajadores que presentaban los empleadores que lo solicitaran, teniendo como base solo el personal vinculado a las empresas con contrato de trabajo.

2. Manifestó que para dar cumplimiento al artículo 74 del Código Sustantivo del Trabajo surgió el "*certificado de proporcionalidad*" que era un documento que expedía la Dirección General de Promoción del Trabajo del antiguo Ministerio de Protección Social, en el que se certificaba el porcentaje de trabajadores nacionales con respecto a los extranjeros de una empresa, señaló que este requisito también servía para efectos de los trámites de las visas de trabajo ante el Ministerio de Relaciones Exteriores.

3. Anotó que la Ley 1429 de 2010 en su artículo 65 derogó entre otros artículos el 74 y 75 de Código Sustantivo del Trabajo en relación con la proporcionalidad entre trabajadores nacionales y extranjeros. En

consecuencia infiere el señor Viceministro que los trámites concernientes a la expedición del certificado de proporcionalidad y de la autorización para variar la proporción entre trabajadores nacionales y extranjeros cuya base jurídica se sustentaba en los mencionados artículos, quedaron igualmente suprimidos.

4. Indicó también que desde el 29 de diciembre de 2010, fecha de publicación de la Ley 1429, el Ministerio de Trabajo no expide ni requiere el certificado de proporcionalidad entre trabajadores nacionales y extranjeros para efectos de presentar la solicitud de visa de trabajo ante el Ministerio de Relaciones Exteriores.

5. De igual forma advirtió que la Ley 842 de 2003 en el artículo 22 fijó unas reglas de proporcionalidad laboral para el ramo de la ingeniería. Explicó que conforme a la Ley 20 de 1984, por la cual se reglamentó el ejercicio de la profesión de ingenieros de petróleos, se exige para su ejercicio una matrícula profesional definitiva que expide el Consejo, y en el caso de la matrícula de los ingenieros extranjeros, se debe convalidar el título profesional ante el Ministerio de Educación Nacional, y mientras se surte este proceso, el Consejo Profesional de Ingeniería de Petróleos puede conceder una licencia especial temporal para que ejerzan la profesión.

6. Agregó que la Resolución 990 de 2011, por la cual se expide el reglamento interno del Consejo Profesional de Ingeniería de Petróleos, y la Resolución 1512 de 2014¹ que la modifica, establecen tanto los requisitos como el procedimiento para el trámite de las licencias especiales temporales que expide el Consejo Profesional.

7. Adujo que dentro de los requisitos para obtener la licencia temporal se exige la certificación que expide la empresa con el listado de los ingenieros nacionales y extranjeros que trabajan en Colombia con su correspondiente número de matrícula profesional o licencia especial temporal, indicando la rama de la ingeniería a que pertenece cada uno y el cargo que desempeña. Y que dentro del procedimiento para el estudio de la licencia se establece que, en el evento en que la empresa cuente con una nómina de ingenieros de petróleos extranjeros superior al 20% de la nómina de ingenieros nacionales, podrá negar la solicitud de licencia especial temporal.

¹ Al solicitar copia de la Resolución 1512 de 2014 al Consejo Profesional de Ingenieros la entidad manifestó que dicha resolución no existe y que *“El Reglamento Interno vigente es la Resolución 990 de 2011 para lo pertinente con los requisitos para la Licencia Especial Temporal aplicada a extranjeros o para colombianos graduados en el exterior que no hayan convalidado el título”*.

8. Coligió que el Consejo Profesional de Ingeniería de Petróleos, al exigir el trámite de la Licencia Temporal para el ejercicio de la ingeniería de petróleo en el país, aplica un porcentaje de proporcionalidad laboral que está derogado.

Con base en lo anterior se **PREGUNTA**:

“¿Cuál sería el alcance de la derogatoria contenida en el artículo 65 de la Ley 1429 de 2010 respecto de la vigencia y viabilidad de la aplicación de la proporcionalidad especial contenida en el artículo 22 de la Ley 842 de 2003 y en particular, la proporcionalidad exigida por el Consejo Profesional de Ingeniería de Petróleos- creado por Ley 20 de 1984- al aplicar un porcentaje o proporcionalidad laboral de ingenieros nacionales y extranjeros en las empresas al efectuar el trámite de la Licencia Especial Temporal para el ejercicio de la Ingeniería de Petróleos de extranjeros en el país?”

II. CONSIDERACIONES

A. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico consiste en determinar si la derogatoria expresa que hizo el artículo 65 de la Ley 1429 de 2010, del artículo 74 del Código Sustantivo del Trabajo, que establecía una regla general de proporcionalidad laboral de extranjeros, afecta la vigencia del artículo 22 de la Ley 842 de 2003 y las respectivas reglamentaciones que para el caso de los profesionales del ramo de la ingeniería de petróleo regularon los porcentajes de ocupación de profesionales foráneos.

B. ANÁLISIS DE LA SALA

Teniendo en cuenta que el problema jurídico expuesto propone un conflicto en la interpretación entre el alcance de una norma (artículo 65 de la Ley 1429 de 2010) que deroga una regla general que le era aplicable a todos los trabajadores extranjeros que se rigieran por el Código Sustantivo del Trabajo, y el efecto de esa derogatoria sobre la vigencia de una disposición que contiene una regla especial para los profesionales del ramo de la ingeniería de petróleo de otras naciones (artículo 22 de la Ley 842 de 2003), resulta imperioso para responder la cuestión que la Sala aborde los siguientes aspectos: 1) los antecedentes de la regla general de la proporcionalidad laboral establecida para los extranjeros en el Código Sustantivo del Trabajo, 2) el cambio de la política en materia de proporcionalidad laboral y derogatoria de la regla, 3) el Consejo Profesional de Ingeniería de Petróleos-

CPIP y la regulación de la proporcionalidad de ocupación en personal foráneo en el ramo de la ingeniería de petróleos, y 4) el estudio de vigencia de las normas especiales sobre proporcionalidad laboral en el ramo de la ingeniería frente a la derogatoria de la regla general.

1. Antecedentes de la regla general de la proporcionalidad laboral establecida para los extranjeros en el Código Sustantivo del Trabajo

Durante la década de los años 50, 60 y 70 el tema de la inmigración en Colombia no tuvo mayor desarrollo. Durante este período la estrategia de crecimiento económico se basó en la aplicación del modelo de sustitución de importaciones, que respondió a las restricciones del flujo comercial ocasionadas por la guerra, a los antecedentes de sustitución que ya se venían adelantando en diferentes áreas productivas, y a los esquemas proteccionistas que imponían las potencias². Este panorama llevó al establecimiento de una serie de medidas que limitaron la inmigración, dentro de las que se destacan la fijación de los depósitos de garantía, la determinación de los cupos de inmigrantes, las tasas de proporcionalidad y los acuerdos de suspensión al otorgamiento de visas para el ejercicio en el país de algunas profesiones u ocupaciones específicas para extranjeros. Todo esto, con el ánimo de proteger la mano de obra nacional³.

² En los primeros años de la década de los cincuenta la sustitución de importaciones se convirtió en el modelo de desarrollo de la mayoría de los países latinoamericanos, el cual se formalizó teórica y conceptualmente por la escuela Cepalina, en cabeza de Raúl Prebisch. Al respecto ver: Ocampo, J. (2001, agosto). Raúl Prebisch y la agenda del desarrollo en los albores del Siglo XXI. Documento presentado en el seminario: La teoría del desarrollo en los albores del siglo XX, organizado por la CEPAL para conmemorar el centenario de nacimiento de Raúl Prebisch, Chile. Consultado el 12 de noviembre de 2014. En <http://unila.edu.br/sites/default/files/files/OCAMPO.pdf>

³ Como antecedente de la proporcionalidad laboral de extranjeros la Organización Internacional para las Migraciones. Misión Colombia explicó que los lineamientos sobre política migratoria laboral en Colombia, por lo general, se han dado en función de los modelos de desarrollo vigentes, al respecto señaló: *"En el país se ha tenido conciencia sobre la necesidad de la inversión extranjera para lograr la expansión y el crecimiento de la economía, por lo que a principios del siglo XX se impulsó una política de fronteras abiertas, que facilitó el ingreso de extranjeros al país, particularmente en el sector agrícola (UNAD, 2010).// Según la UNAD (2010), a partir de 1950 y finales de la década del ochenta, debido al ingreso de empresas multinacionales en grandes proyectos de inversión, se establecieron medidas como la fijación de los depósitos de garantía, la determinación de los cupos de inmigrantes, las tasas de proporcionalidad, el Formulario de Descripción Ocupacional y el concepto del Ministerio de Trabajo, como requisito previo para la expedición de visas de trabajo. De igual manera, se establecieron los acuerdos de suspensión al otorgamiento de visas para el ejercicio en el país de algunas profesiones u ocupaciones específicas para extranjeros"*. Cfr. Organización Internacional para las Migraciones. Misión Colombia (2013). Migración Laboral. En: Perfil Migratorio de Colombia 2012. Consultado el 4 de noviembre de 2014, en <http://www.oim.org.co/publicaciones-oim/migracion-internacional/2576-perfil-migratorio-de-Colombia-2012.html> (Resalta la Sala)

Este es el contexto en el que se expidió en el año de 1950 el Código Sustantivo del Trabajo (CST)⁴. Dicha normatividad determinó la condición de proporcionalidad para la contratación de extranjeros en los diferentes sectores de la economía del país, términos de porcentaje, cuota, o número específico de trabajadores extranjeros que podían hacer parte de una empresa u organización. El Capítulo IX *eiusdem*, sobre trabajadores colombianos y extranjeros, señaló en el artículo 74:

"Artículo 74. Proporción e igualdad de condiciones. 1. Todo empleador que tenga a su servicio más de diez (10) trabajadores debe ocupar colombianos en proporción no inferior al noventa por ciento (90%) del personal de trabajadores ordinarios y no menos del ochenta por ciento (80%) del personal calificado o de especialistas o de dirección o confianza.

Los trabajadores nacionales que desempeñen iguales funciones que los extranjeros, en una misma empresa o establecimiento, tienen derecho a exigir remuneración y condiciones iguales".

Esta norma reguló el flujo de trabajadores foráneos que ingresaban a trabajar en el país, fijando la cuota de proporcionalidad del personal calificado o de especialistas o de dirección o confianza, siempre y cuando la modalidad de vinculación fuera mediante contrato de trabajo, en un porcentaje que sería hasta del 20% de extranjeros contratados en las empresas y, en consecuencia, el 80% restante debe corresponder a personal colombiano.

Sin embargo, el artículo 75 del Código Sustantivo del Trabajo dispuso que el Ministerio de Trabajo podía *"disminuir la proporción anterior cuando se trate de personal estrictamente técnico e indispensable y solo por el tiempo necesario para preparar personal colombiano y cuando se trate de inmigraciones promovidas o fomentadas por el Gobierno"*, y agregó: *"los patronos que necesiten ocupar trabajadores extranjeros en una proporción mayor a la autorizada por el artículo anterior, acompañarán a su solicitud los documentos en que la funden"*.

La Corte Constitucional en la Sentencia C- 1259 de 2001 estudió una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 74 del Código Sustantivo del Trabajo, y al referirse al tratamiento diferenciado entre los trabajadores nacionales y los trabajadores extranjeros sostuvo:

⁴ Adoptado por el Decreto Ley 2663 del 5 de agosto de 1950 "Sobre Código Sustantivo del Trabajo", publicado en el Diario Oficial No 27.407 del 9 de septiembre de 1950, en virtud del Estado de Sitio declarado por el Decreto Extraordinario No 3518 de 1949.

“Ahora bien, nótese que esa diferenciación tiene fundamento constitucional pues el Artículo 100 del Texto Fundamental ha previsto la posibilidad de que el legislador establezca limitaciones a las garantías conferidas a los extranjeros. (...)

7. En cuanto a la existencia de un fin que explique esa diferencia de trato y a su validez constitucional, hay que indicar que ese fin está implícito en el enunciado normativo demandado: Al limitarse el derecho al trabajo de los extranjeros en aquellas empresas que ocupen más de diez trabajadores se fomenta la ocupación de mano de obra nacional. Ello quiere decir que el tratamiento diferenciado previsto en el artículo 74 del Código Sustantivo del Trabajo se orienta a proteger preferencialmente el derecho al trabajo de los nacionales. Esa protección es un recurso que hace parte de la política de empleo adoptada por el Estado y que debe compaginarse con las exigencias impuestas por el modelo de desarrollo para atender satisfactoriamente las demandas sociales.

Además, es constitucionalmente válido que el Estado proteja la ocupación de mano de obra nacional no sólo por las profundas implicaciones que la dinámica del mercado laboral tiene en todo el contexto social sino también porque la regulación del ejercicio del derecho al trabajo por parte de los extranjeros debe compaginarse con la política migratoria del país.(...)No obstante, tampoco el Estado está exonerado del deber que le asiste de fijar una política de inmigración coherente que no cause traumatismos en el mercado laboral ni en la economía nacional y que al tiempo propicie condiciones dignas y lícitas para el trabajador migrante y su familia.(...)

(...)

Adviértase que el legislador no sólo se preocupó por mantener la proporcionalidad de la diferenciación introducida sino que además previó la posibilidad de aumentar la proporción de trabajadores extranjeros cuando se esté ante circunstancias que así lo exijan y siempre que se satisfagan los presupuestos previstos para el efecto en el artículo 75 del Código Sustantivo del Trabajo.

Entonces, si bien la ley ha establecido un tratamiento diferenciado, él tiene una justificación objetiva y razonable; existe proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida y, por último, si bien se han afectado los derechos de los extranjeros, a la luz de la Constitución es mayor el beneficio reportado por los trabajadores nacionales que el perjuicio sobrellevado por aquellos. De todo ello se infiere que el legislador no ha desconocido el derecho al trabajo de los extranjeros ni les ha impuesto una discriminación injustificada pues simplemente se ha limitado a regular los porcentajes de aquellos que pueden laborar en las empresas que ocupen más de diez trabajadores.

(...)”

Como puede apreciarse, la Corte Constitucional encontró ajustado a la norma fundamental el artículo 74 del Código Sustantivo del Trabajo, bajo el entendido de que los supuestos de hecho contemplados, las reglas de derecho que contenía y el propósito que las alentaba, constituían un medio adecuado, proporcional y razonable para proteger el trabajo nacional.

A las normas de política laboral para los extranjeros que se consolidaron desde la expedición del Código Sustantivo del Trabajo, se sumó un marco legal migratorio que reguló y regula su ingreso al territorio nacional, y que con el paso del tiempo y dados los cambios en la política y la economía se ha transformado, especialmente en los últimos años en los que se incrementó el flujo de inmigrantes a Colombia⁵. Para el año 2004, el Decreto 4000⁶, “[p]or el cual se dictaron disposiciones sobre la expedición de visas, control de extranjeros y otras disposiciones en materia de migración, señaló en su artículo 3º:

“Artículo 3º. El Ministerio de Relaciones Exteriores fijará la política migratoria. La Comisión Nacional Intersectorial de Migración, actuará como órgano coordinador y orientador del Gobierno Nacional en la ejecución de la política migratoria del país.

La planeación de la inmigración tendrá en cuenta los planes de desarrollo e inversión globales o sectoriales, públicos o privados, para determinar las actividades, las profesiones, las zonas de instalación, los aportes de capital y de otro orden que deban efectuar los extranjeros, cuando se considere conveniente su admisión al país a través de programas de inmigración planificada.

La inmigración se regulará de acuerdo con las necesidades sociales, demográficas, económicas, científicas, culturales, de seguridad, de orden público, sanitarias y demás de interés para el Estado colombiano.

⁵ “En los últimos cinco años, Colombia se ha convertido en un país atractivo para los inversionistas, debido a que la economía del país ha tenido un crecimiento del 4% por año y en 2009 se registró un aumento en el PIB de 0,4%, lo que muestra un ascenso incluso en el momento de recesión. Se considera que Colombia es el segundo país en la región con la fuerza de trabajo más calificada y su ubicación estratégica le facilita el intercambio comercial con Estados Unidos, Europa, Asia, Latinoamérica y el Caribe. Además se considera que es uno de los países más amigables para realizar negocios en Latinoamérica, de acuerdo con el Banco Mundial, y ocupa el quinto lugar como uno de los países que mejor protegen a sus inversionistas (KPMG, 2010). Dentro de los sectores más rentables y productivos para invertir en Colombia, según KPMG (2010), se encuentran el sector petrolero y de gas; el sector energético, por sus reservas y su capacidad de producción, y el sector turístico”. Cfr. Organización Internacional para las Migraciones. Misión Colombia (2013). Migración Laboral. En: Perfil Migratorio de Colombia 2012. Consultado el 4 de noviembre de 2014, en <http://www.oim.org.co/publicaciones-oim/migracion-internacional/2576-perfil-migratorio-de-Colombia-2012.html>

⁶ Este Decreto fue Derogado por el Decreto Nacional 834 de 2013.

Preferentemente se fomentará el ingreso de inmigrantes en los siguientes casos:

*3.1 Cuando se trate de personas que por su **experiencia, su calificación técnica, profesional o intelectual**, contribuyan al desarrollo de actividades económicas, científicas, culturales o educativas de utilidad o beneficio para el país o que se incorporen a actividades o programas de desarrollo económico o de cooperación internacional definidos por el Ministerio de Relaciones Exteriores, para cuya ejecución no se cuente con nacionales capacitados en el país o sean insuficientes para satisfacer la demanda.*

*3.2 Cuando aporten **capitales para ser invertidos** en el establecimiento de empresas de interés para el país o en actividades productivas que generen empleo, incrementen o diversifiquen las exportaciones de bienes y servicios o se consideren de interés nacional". (Resalta la Sala)*

De la lectura del artículo transcrito se deduce que esta política tenía en cuenta, entre otros asuntos, las actividades y profesiones que desempeñarían los extranjeros en el país y privilegiaba una inmigración calificada y eventualmente inversionista (artículo 3.1 y 3.2), al tiempo que buscaba defender la mano de obra nacional sobre la extranjera. Este principio se reforzó en el artículo 4º del mencionado decreto así:

"Artículo 4º. La política migratoria evitará el ingreso y permanencia irregular de extranjeros; así como la presencia de extranjeros que comprometa el empleo de trabajadores nacionales o que por su cantidad y distribución en el territorio nacional, configure un problema con implicaciones políticas, económicas, sociales o de seguridad que afecten al Estado colombiano".

Ahora bien, dentro de la regulación de las visas, que son la autorización que se le otorga a un extranjero para ingresar y permanecer en el territorio nacional⁷, el Decreto 4000 de 2004 en su capítulo 1 estableció los casos en que los extranjeros podrían solicitar la denominada "*visa temporal trabajador*", y señaló que sería expedida por el Grupo Interno de Trabajo que determinara el Ministro de Relaciones Exteriores o las Oficinas Consulares de la República (artículo 30), a solicitud y bajo la responsabilidad de la empresa, entidad, institución o persona natural que avalara la petición (artículo 31).

Para cumplir con las atribuciones que le otorgó el Decreto 4000 de 2004, el Ministerio de Relaciones Exteriores expidió la Resolución 0255 de 2005,

⁷ Cfr. Artículo 5º Decreto 4000 de 2004.

“[p]or la cual se establecen los requisitos para todas y cada una de las clases y categorías de visas consagradas en el Decreto 4000 del 30 de noviembre de 2004, y se dictan algunas disposiciones sobre su expedición” y en el artículo 7º determinó los documentos que se requerían para la solicitud de la Visa Temporal Trabajador, dentro de los cuales incluyó el “certificado de proporcionalidad” entre trabajadores nacionales y extranjeros.

“Artículo 7º.- El extranjero que solicite Visa Temporal Trabajador, además de los requisitos indicados en el artículo 3º de la presente Resolución, deberá adjuntar los siguientes documentos:

(...)

4. Certificación del Ministerio de la Protección Social, donde conste que con la incorporación del extranjero se respeta la proporcionalidad entre trabajadores nacionales y extranjeros, de acuerdo con lo establecido en el Código Sustantivo del Trabajo, salvo cuando se trate de grupos culturales, espectáculo público, deportivo o artístico. Así mismo se exonera de este requisito cuando la entidad contratante sea un órgano, entidad o institución del Estado.

(...)”

Asimismo, en armonía con lo previsto en la Resolución 0255 de 2005, el Ministerio de la Protección Social, mediante Resolución 000977 de abril de 2009⁸ reglamentó el tema de la proporcionalidad y señaló:

“Artículo 1º. El Certificado de Proporcionalidad se deberá solicitar por escrito al Director General de Promoción del Trabajo del Ministerio de la Protección Social o a quien haga sus veces, directamente o a través de apoderado, indicando nombre, NIT o documento de identidad del empleador, así como nombre, sexo, nacionalidad, profesión y cargo del extranjero que se pretende contratar.

La solicitud se deberá acompañar de los siguientes documentos:

1. Listado numerado consecutivamente del personal colombiano vinculado, indicando nombre, tipo y número de documento de identidad, cargo y sueldo. Igual listado se deberá allegar respecto de trabajadores extranjeros, informando nombre, cargo, sueldo, nacionalidad, sexo, profesión, número de pasaporte, número de cédula de extranjería, clase y vigencia de la visa.

2. Cuadro resumen de cargos, en el que se indique su denominación, el número de trabajadores que ocupan los cargos existentes en la empresa o empleador y su nacionalidad.

3. Certificado de Existencia y Representación Legal o fotocopia del documento de identidad, según el caso.

(...)”.

⁸ Por la cual se establece el trámite para la expedición del Certificado de Proporcionalidad y para variar la proporcionalidad entre trabajadores nacionales y extranjeros.

Con el marco legal expuesto puede afirmarse que después de mucho tiempo se consolidó y reglamentó por completo la figura de la proporcionalidad laboral entre extranjeros y nacionales que surgió en los años cincuenta con la expedición del Código Sustantivo del Trabajo como parte de la política proteccionista del empleo nacional.

2. Cambio de la política y derogatoria de la regla en materia de proporcionalidad laboral

En consideración a la permanente interdependencia con otros países por motivos económicos, sociales y políticos, a lo cual se sumó la globalización de la economía, el florecimiento de las empresas transnacionales y la adhesión a tratados y a jurisdicciones internacionales, se hizo notable que el contexto en que se expidió la medida de proporcionalidad laboral en Colombia entre trabajadores nacionales y extranjeros varió sustancialmente⁹. Es así como en el país se fueron adoptando nuevas políticas internacionales de migración; por ejemplo, en 1995, Colombia ratificó la Convención sobre la protección de todos los derechos de los trabajadores migratorios y miembros de su familia, conocida también como la Convención de Naciones Unidas sobre Trabajadores Migratorios.

En los procesos de integración en la Comunidad Andina CAN¹⁰ en materia migratoria, se aprobaron importantes Decisiones como el caso de la Decisión 545 de 2003 sobre migración laboral. Este acuerdo multilateral se viabilizó en Colombia a través del Decreto 0046 del 17 de enero de 2013¹¹, mediante el cual se establece una herramienta normativa concertada de carácter interinstitucional, que permite determinar un procedimiento estandarizado por el cual, el Estado colombiano, da aplicación a lo dispuesto en el acuerdo.

Hace parte del Decreto 0046 de 2013 una Guía que se aplica en el territorio colombiano por el Ministerio del Trabajo a trabajadores migrantes de la Subregión Andina con fines laborales, bajo relación de dependencia. Quedan

⁹ En todo caso, es importante tener en cuenta que aun cuando Colombia se ha ido abriendo a la liberación del mercado y en gran parte al desmonte de la política proteccionista, todavía hay actividades sobre las que se mantienen regulaciones especiales, ejemplo de esto, es el recientemente expedido Decreto 2089 de 2014, sobre la inmigración laboral a las zonas de influencia petrolera, el cual establece que el 100% de la mano de obra no calificada contratada debe ser local, y en relación con la calificada debe ser de mínimo el 30% residente del municipio en que se encuentre el proyecto, en caso de no ser posible, se acudirá a la búsqueda en municipios vecinos y luego al territorio nacional.

¹⁰ La Comunidad Andina –CAN- integrada por Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú-tiene por objetivo “alcanzar un desarrollo integral, más equilibrado y autónomo, mediante la integración andina, suramericana y latinoamericana”. Cfr. <http://www.comunidadandina.org>

¹¹ “Por el cual se adopta la Guía para la implementación de la Decisión 545 de la Comunidad Andina (CAN) Instrumento Andino de Migración Laboral”.

excluidos de la Decisión 545 de la Comunidad Andina (CAN), los empleos en la administración pública y en aquellas actividades contrarias a la moral, a la preservación del orden público, a la vida y a la salud de las personas y a los intereses esenciales de la seguridad nacional¹².

La guía establece, en el capítulo relacionado con el ingreso, registro y permanencia del trabajador migrante andino, entre otras, las siguientes pautas:

“6.2 La legislación nacional, las decisiones comunitarias andinas y los convenios internacionales ratificados por Colombia, establecen que el Trabajador Migrante Andino tiene derecho a laborar en condiciones que respeten su dignidad, salud, seguridad y bienestar personal y familiar y a gozar como mínimo, de los siguientes derechos y garantías, de conformidad con lo establecido en la Decisión Andina 545:

a) Ingreso y permanencia en el territorio colombiano.

b) Expedición y suministro de la documentación e información necesaria para el reconocimiento de su condición de Trabajador Migrante Andino.

*c) No discriminación, reconociendo el **principio de igualdad de trato y de oportunidades a todos los Trabajadores Migrantes Andinos** en el espacio comunitario.*

En ningún caso se les someterá a discriminación por razones de nacionalidad, raza, sexo, credo, condición social u orientación sexual.

d) Sindicalización y asociación colectiva.

e) Protección de su familia y dependientes, (...)

f) Libre movilidad del trabajador migrante y su familia.

g) Realización de transferencias de fondos y de sumas para cubrir obligaciones fiscales y órdenes judiciales o de cualquier índole, de acuerdo con lo establecido en el artículo 13 de la Decisión Andina 545.

h) Acceso a instancias administrativas y judiciales.

i) Disfrute de las prestaciones sociales previstas en el derecho comunitario y la legislación nacional.

j) En ningún caso la situación migratoria de un nacional andino ni la posible repatriación del mismo menoscabará sus derechos laborales frente a su empleador. (...)

k) Cambio de la condición migratoria en el país cuando tenga o responda a una oferta laboral.

l) Derecho a una remuneración conforme a los principios generales y normatividad laboral nacional vigente.

m) Seguridad Social y Salud en el Trabajo, conforme a lo regulado por la normativa comunitaria y la legislación nacional vigente.

(...)”

De la norma transcrita se deduce que uno de los elementos más emblemáticos de estos derechos queda reflejado en el reconocimiento del

¹² Cfr. Anexo del Decreto 0046 de 2013.

“trato de nacional”¹³, es decir, que los trabajadores de los países miembros tienen los mismos derechos que el trabajador nacional, cuando se suscribe un contrato laboral bajo relación de dependencia en el territorio de cualquiera de los 4 países miembros, Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú.

Como se sabe, las fuentes supranacionales son una realidad en el derecho público moderno¹⁴. En atención a este fenómeno y a las tendencias propias de la economía globalizada y de la obligatoriedad que cobran las normas internacionales, el Documento CONPES 3603/2009¹⁵, sobre la Política Integral Migratoria realizó un diagnóstico sobre el asunto en el que indicó:

“Inversión extranjera directa en Colombia y principio de trato nacional

La mundialización de la economía, la inversión extranjera directa y, en general, la tendencia hacia la liberalización del comercio de bienes y servicios trae consigo una presión legítima sobre el movimiento de personas. Así mismo, la migración calificada es una fuente valiosa del recurso humano necesario para el crecimiento sostenido. A partir de lo anterior, por un lado los desequilibrios en el grado de desarrollo entre economías similares –con mayor razón cuando éstas son vecinas o comparten algún grado histórico de integración- generan movimientos migratorios hacia la economía más pujante, flujos que pueden ser beneficiosos para la economía en crecimiento pero que a menudo, terminan creando dificultades en el país receptor; y por el otro, mientras las fronteras se abren al movimiento de capitales y mercancías, las

¹³ Sobre el principio de trato nacional en los acuerdos comerciales señala la Organización Mundial del Comercio (OMC) lo siguiente: *“Principio de Trato nacional: igual trato para nacionales y extranjeros. Las mercancías importadas y las producidas en el país deben recibir el mismo trato, al menos después de que las mercancías extranjeras hayan entrado en el mercado. Lo mismo debe ocurrir en el caso de los servicios extranjeros y los nacionales, y en el de las marcas de fábrica o de comercio, los derechos de autor y las patentes extranjeras y nacionales. Este principio de “trato nacional” (dar a los demás el mismo trato que a los nacionales) figura también en los tres principales Acuerdos de la OMC (artículo 3 del GATT, artículo 17 del AGCS y artículo 3 del Acuerdo sobre los ADPIC), aunque también en este caso se aborda en cada uno de ellos el principio de manera ligeramente diferente”. Cfr. http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/fact2_s.htm*

¹⁴ Por ejemplo, en materia de derechos humanos el artículo 93 de la Constitución Política de Colombia establece el denominado bloque de constitucionalidad, según el cual: *“Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.*

¹⁵ Departamento Nacional de Planeación. Consejo Nacional de Política Económica y Social. (2009, agosto) *Política Integral Migratoria*. Consultado el 7 de noviembre de 2014, en <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/3603.pdf>.

mismas permanecen cerradas o solo abiertas de manera parcial a las personas que realizan negocios y sus familias.

Con el objeto de coadyuvar a la necesaria atracción de capitales productivos, la inversión y, en general, de nuevos negocios, Colombia puede –bajo un principio de reciprocidad- tender hacia una mayor liberalización del factor trabajo”

Dentro de las recomendaciones que contempló el documento se resaltan las siguientes:

“VIII. RECOMENDACIONES

(...)

Solicitar al Ministerio de la Protección Social

- ***Evaluar la pertinencia económica y política del artículo 74 del Código Sustantivo del Trabajo y su consistencia con el Principio de Trato Nacional contenido en los acuerdos internacionales de integración económica que ha suscrito Colombia y la posibilidad de simplificar el trámite de certificación de proporcionalidad laboral.***
 - *Ampliar los instrumentos de acceso a mecanismos de protección social para colombianos en el exterior y extranjeros en el país.*
 - *Establecer canales de migración regular que reduzcan la vulnerabilidad de la población migrante.*
- (...)” Resalta la Sala

Ahora bien, aun cuando en el Documento CONPES 3603/2009 se sugirió evaluar la pertinencia política y económica del principio de proporcionalidad laboral entre nacionales y extranjeros en el país, y la posibilidad de simplificar el trámite del certificado de proporcionalidad laboral, dicha discusión se desconoce. Ni siquiera se vislumbra alguna reflexión o debate al respecto en el trámite y aprobación de la Ley 1429 del 29 de diciembre de 2010 de “*Formalización y Generación de Empleo*”¹⁶, que derogó de forma expresa los artículos 74 y 75 del Código Sustantivo de Trabajo que contemplaban la mencionada figura. La derogatoria aparece en los últimos artículos de la ley en los siguientes términos:

“Artículo 65. Vigencia y derogatorias. *La presente ley rige a partir de la fecha de su publicación y promulgación y deroga o modifica las disposiciones que le sean contrarias.*

¹⁶ Cfr. Proyecto de Ley Senado 187 de 2010 y debate en el Senado Gacetas 932 de 2010, 1049 de 2010, 78 de 2011, 1119 de 2010, 1103 de 2010, 81 de 2011. Proyecto de Ley Cámara 57 de 2010, acumulado 003 de 2010, 008 de 2010, y debate en la Cámara Gacetas 932 de 2010, 945 de 2010, 1066 de 2010, 287 de 2011, 1143 de 2010, 1104 de 2010, 237 de 2011.

(...)

Parágrafo 3°. Derogatorias del Código Sustantivo del Trabajo. Deróguense las siguientes disposiciones y artículos del Código Sustantivo del Trabajo 72, **74, 75**, 90, 91, 93, 116, 117, 118, 120, 121, 123, 124 y 125.

(...)” Resalta la Sala.

La Sala considera importante advertir que, a pesar de la ausencia de debate en la adopción de la disposición transcrita, se debe respetar el efecto jurídico general producido por la derogatoria dispuesta por el parágrafo 3° del artículo 65 de la Ley 1429 de 2010, lo cual significa que, mientras este no sea declarado inexecutable por la Corte Constitucional, los artículos 74 y 75 del Código Sustantivo del Trabajo perdieron vigencia.

Así las cosas, la derogatoria de los artículos 74 y 75 del Código Sustantivo del Trabajo, trajo consigo un escenario legal en el que desaparece la regla general de proporcionalidad laboral entre trabajadores nacionales y extranjeros que se estableció desde el año de 1950, y cuyos requisitos se consolidaron a través de las normas de naturaleza migratoria en el año 2004¹⁷ y con la reglamentación del certificado de proporcionalidad laboral que apenas expidió el Ministerio de la Protección Social en el año 2009¹⁸.

De ahí que el marco jurídico migratorio previsto en el Decreto 4000 de 2004 y la Resolución 0255 de 2005 -antes expuesto-, fue derogado por el Decreto 834 del 2013¹⁹ y la Resolución 4130 del 2013²⁰, disposiciones promulgadas por el Ministerio de Relaciones Exteriores que actualmente regulan lo concerniente al ingreso de los ciudadanos de otras naciones con el propósito de desempeñarse como trabajadores en el territorio nacional y en las cuales dejó de ser requisito previo para la expedición de la visa el certificado de proporcionalidad laboral de nacionales y extranjeros.

No obstante lo anterior, surge la duda sobre la vigencia de otras normas que en el país exigen una proporción máxima de personal foráneo en las plantas de personal, como es el caso de las regulaciones que sobre proporcionalidad laboral existen en el ramo de la ingeniería de petróleos, aspecto que se estudiará a continuación.

¹⁷ Decreto 4000 de 2004 y Resolución 0255 de 2005.

¹⁸ Resolución 000977 de 2009.

¹⁹ "Por el cual se establecen disposiciones en materia migratoria de la República de Colombia".

²⁰ "Por la cual se adoptan los requisitos para todas y cada una de las clases de visas contempladas en el Decreto 834 del 24 de abril de 2013, y se dictan otras disposiciones sobre su expedición".

3. El Consejo Profesional de Ingeniería de Petróleos-CPIP y la regulación especial de la proporcionalidad de ocupación a personal foráneo en el ramo de la ingeniería de petróleo

Tanto en la vigencia de la Constitución de 1886 y sus reformas, como en la Constitución Política de 1991, la libertad de escoger profesión u oficio se consagró como un derecho sujeto en su ejercicio a la regulación legal y a la inspección y vigilancia de las autoridades. Estatuye el artículo 26 de la Carta vigente:

“Artículo 26: Toda persona es libre de escoger profesión u oficio. La ley podrá exigir títulos de idoneidad. Las autoridades competentes inspeccionarán y vigilarán el ejercicio de las profesiones. Las ocupaciones, artes y oficios que no exijan formación académica son de libre ejercicio, salvo aquéllas que impliquen riesgo social. / Las profesiones legalmente reconocidas pueden organizarse en colegios. La estructura interna y el funcionamiento de éstos deberán ser democráticos. La ley podrá asignarles funciones públicas y establecer los debidos controles.”

Así, de conformidad con el artículo 26 superior la libertad para escoger profesión u oficio constituye la regla general; no obstante, el libre ejercicio de la profesión elegida según esta misma disposición no es absoluto y el legislador puede llegar a limitarlo exigiendo “títulos de idoneidad”, si se requiere determinada formación académica o si la actividad implica un riesgo social.

Cabe precisar que, con fundamento en la norma constitucional mencionada, el Congreso de la República expidió la Ley 20 de 1984, mediante la cual reglamentó el ejercicio de la profesión de Ingeniero de Petróleos y creó el Consejo Nacional de Ingeniería de Petróleos²¹. Se resaltan de la ley las siguientes disposiciones:

*“(…)
Artículo 2o.- Para poder ejercer la profesión de Ingeniería de Petróleos en el territorio de la República de Colombia, se requiere obtener la matrícula expedida por el Consejo Profesional de Ingeniería de Petróleos, el cual se crea en la presente ley.*

²¹ Los Consejos Profesionales, por regla general, son organismos creados por la ley, sin personería jurídica, adscritos a un ministerio, los cuales se conforman con autoridades administrativas y personas particulares en representación de quienes ejercen la respectiva profesión, y a los que se confieren atribuciones de inspección y vigilancia del ejercicio de las profesiones. Cfr. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, conceptos 1924 de 2 de diciembre de 2008, entre otros.

(...)

Artículo 4o.- Se concederán licencias especiales temporales para ejercer la profesión de Ingeniero de Petróleos en Colombia a extranjeros cuando según concepto del Consejo de Profesionales de Ingeniería de Petróleos, sea conveniente o necesario su concurso, especialmente cuando se trate de especialidades que no existan en el país, o que existan en grado muy limitado. Estas licencias tendrán una duración de un año, renovable por período de un año y los interesados adquieren la obligación de entrenar personal colombiano en su respectiva especialidad por el cual se le otorgó la licencia; el Consejo Profesional de Ingeniería de Petróleos podrá cancelar su licencia temporal cuando lo juzgue conveniente.” (Resalta la Sala)

Posteriormente, la Ley 842 de 2003 sistematizó e integró la reglamentación del ejercicio de la ingeniería, de sus profesiones afines y de sus profesiones auxiliares. Esta ley estableció, entre otros aspectos, los requisitos mínimos que se deben cumplir para su ejercicio y en el artículo 22 consagró una regla de proporcionalidad laboral entre profesionales nacionales y extranjeros así:

*“Artículo 22. En las construcciones, consultorías, estudios, proyectos, cálculos, diseños, instalaciones, montajes, interventorías, asesorías y demás Trabajos relacionados con el ejercicio de las profesiones a las que se refiere la presente ley, **la participación de los profesionales extranjeros no podrá ser superior a un veinte por ciento (20%) de su personal de ingenieros o profesionales auxiliares o afines colombianos, sin perjuicio de la aplicación de las normas laborales vigentes.***

Parágrafo. Cuando previa autorización del Ministerio de Trabajo y tratándose de personal estrictamente técnico o científico indispensable, fuere necesaria una mayor participación de profesionales extranjeros que la establecida anteriormente, el patrono o la firma o entidad que requiera tal labor, dispondrá de un (1) año contado a partir de la fecha de la iniciación de labores, para suministrar adecuada capacitación a los profesionales nacionales, con el fin de reemplazar a los extranjeros, hasta completar el mínimo de ochenta por ciento (80%) de nacionales. (Resalta la Sala).

Sobre los permisos temporales que requieren las personas extranjeras para ejercer sin matrícula en Colombia, el artículo 23 de la Ley 842 de 2003 preceptúa:

“Artículo 23. Permiso temporal para ejercer sin matrícula a personas tituladas y domiciliadas en el exterior. Quien ostente el título académico de ingeniero o de profesión auxiliar o afín de las profesiones aquí

reglamentadas, esté domiciliado en el exterior y pretenda vincularse bajo cualquier modalidad contractual **para ejercer temporalmente la profesión en el territorio nacional, deberá obtener del Consejo Profesional Nacional de Ingeniería, Copnia, un permiso temporal para ejercer sin matrícula profesional**, certificado de inscripción profesional o certificado de matrícula, según el caso; el cual tendrá validez por un (1) año y podrá ser renovado discrecionalmente por el Consejo Profesional Nacional de Ingeniería, Copnia, siempre, hasta por el plazo máximo del contrato o de la labor contratada, previa presentación de solicitud suficientemente motivada, por parte de la empresa contratante o por el profesional interesado o su representante; título o diploma debidamente consularizado o apostillado, según el caso; fotocopia del contrato que motiva su actividad en el país y el recibo de consignación de los derechos respectivos.

Parágrafo 1o. La autoridad competente otorgará la visa respectiva, sin perjuicio del permiso temporal de que trata el presente artículo.

Parágrafo 2o. Se eximen de la obligación de tramitar el Permiso Temporal a que se refiere el presente Artículo, los profesionales extranjeros invitados a dictar conferencias, seminarios, simposios, congresos, talleres de tipo técnico o científico, siempre y cuando no tengan carácter permanente.

Parágrafo 3o. Si el profesional beneficiario del permiso temporal pretende laborar de manera indefinida en el país, deberá homologar o convalidar el título de acuerdo con las normas que rigen la materia y tramitar la matrícula profesional o el certificado de inscripción profesional, según el caso²².

Asimismo, de conformidad con lo previsto en artículo 4º de la Ley 20 de 1984 y en los artículos 22 y 23 de la Ley 842 de 2003, el Consejo Profesional de Ingeniería de Petróleos- CPIP, mediante Resolución 990 del 4 de octubre de 2011,²³ fijó los requisitos y el procedimiento para el trámite de la Licencia Especial Temporal. De los requisitos exigidos por esta resolución se destacan los siguientes:

“Artículo 30º.- Requisitos para el trámite de la Licencia Especial Temporal.

²² Este artículo fue declarado condicionalmente exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C570 del 8 de junio de 2004 "... en el entendido de que los profesionales titulados y domiciliados en el exterior en disciplinas relacionadas con la ingeniería y que deseen obtener un permiso temporal para trabajar deberán acudir al COPNIA, **siempre y cuando su especialidad no cuente con un consejo profesional propio encargado de esa función.** La declaración se restringe al cargo analizado". Resalta la Sala

²³ "Por la cual se expide el Reglamento Interno del Consejo Profesional de Ingeniería de Petróleos".

El ingeniero extranjero, interesado en obtener una licencia especial temporal para el ejercicio de la ingeniería de petróleos en el país, deberá presentar, personalmente o mediante apoderado, los siguientes documentos ante el Consejo Profesional de Ingeniería de Petróleos en la ciudad de Bogotá D.C:

(...)

d. Carta de la empresa que contrata al extranjero, justificando la necesidad de incorporación del mismo, el cargo a ocupar y las funciones a desarrollar.

(...)

f. Contrato de trabajo, prestación de servicios o su equivalente entre la empresa domiciliada en Colombia y el extranjero. En el evento de no existir tal contrato por escrito, certificación de la empresa sobre la futura vinculación del extranjero.

g. Certificación de la empresa con el listado de los ingenieros nacionales y extranjeros, que trabajan para la empresa en Colombia con su correspondiente número de matrícula profesional o licencia especial temporal, indicando la rama de la ingeniería a que pertenece cada uno y el cargo que desempeña.

h. Carta del extranjero que solicita la licencia especial temporal, dirigida al Consejo Profesional de Ingeniería de Petróleos, comprometiéndose a capacitar ingenieros de petróleos colombianos en las actividades a realizar.

(...)

Parágrafo 2.- Los documentos a que hacen referencia los literales d, f y g del presente artículo deberán venir suscritos por el representante legal de la empresa o por la persona autorizada para ello en el certificado de existencia y representación legal de la Cámara de Comercio”.

Una vez que el interesado ha presentado los documentos que se establecieron en el artículo 30, el Consejo Profesional analiza la solicitud y podrá, “[e]n el evento en que la empresa cuente con una nómina de ingenieros de petróleos extranjeros superior al veinte por ciento (20%) de la nómina de ingenieros nacionales”, negar la solicitud de licencia especial temporal.

4. La vigencia de la norma especial sobre proporcionalidad laboral entre nacionales y extranjeros en el ramo de la ingeniería frente a la derogatoria de la regla general

Como quedó señalado, el legislador, atendiendo el mandato del artículo 26 de la Constitución Política, a través de las Leyes 20 de 1984 y 842 de 2003 expidió normas relativas al ejercicio de la profesión de la ingeniería en el país

y, en particular, estableció una regla de proporcionalidad de ocupación de personal foráneo dedicado a esta actividad, cuyo cumplimiento se controla mediante la verificación de los requisitos que los extranjeros deben acreditar a efectos de que el Consejo Profesional expida una licencia especial temporal, para que puedan ejercer su profesión en el país.

Estos preceptos implicaron la coexistencia durante un tiempo determinado de dos reglas en el ordenamiento jurídico: la primera, prevista en el artículo 74 del Código Sustantivo del Trabajo, disposición de carácter general y, por tanto, más amplia, puesto que contempla a todos los trabajadores extranjeros como sujetos de la restricción; y la segunda, consagrada en el artículo 22 de la Ley 842 de 2003, norma de carácter especial y, por lo mismo, menos extensa, en tanto afecta exclusivamente a una especie de dicho género, esto es, a los profesionales de la ingeniería extranjeros.

Posteriormente, la Ley 1429 de 2010 sobre "*Formalización y Generación de Empleo*", en el párrafo tercero del artículo 65, derogó expresamente los artículos 74 y 75 del Código Sustantivo de Trabajo.

Sin embargo, la Sala considera que el artículo 22 de la Ley 842 de 2003 se encuentra vigente, por cuanto no puede entenderse que desapareció del ordenamiento jurídico en virtud de la derogatoria expresa que de los artículos 74 y 75 del Código Sustantivo de Trabajo hizo la Ley 1429 de 2010, conclusión a la que se llega luego de la aplicación de las pautas de interpretación legal, en particular, con base en los criterios hermenéuticos de especialidad y cronológico.

En efecto, en primer lugar se observa que el artículo 22 de la Ley 842 de 2003 es una norma especial y, en consecuencia, a partir de su vigencia su aplicación resulta preferente respecto de cualquier disposición de carácter general existente sobre la materia que ella regula, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 5 de la Ley 57 de 1887, según el cual, entre dos normas incompatibles, la una general y la otra especial (o excepcional), prevalece la segunda, pues "*lex specialis derogat generali*"²⁴. Por tanto,

²⁴ El artículo 5° de la Ley 57 de 1887 preceptúa que si en los códigos que se adoptaron en virtud de la misma ley (entiéndase también entre leyes) se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, "*la disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general*". Bobbio, al explicar los distintos criterios para resolver los conflictos de leyes en sus diversos espacios de validez, esto es: i. temporal, ii. espacial, iii. material, y iv. personal, sobre el de especialidad señaló: "(...) De acuerdo con el tercer criterio, precisamente el de la *lex specialis*, de dos normas incompatibles, la una general y la otra especial (o excepcional), prevalece la segunda: *lex specialis derogat generali*. También aquí la razón del criterio es clara, puesto que la ley especial es aquella que deroga una ley más general, o sea que *subtrae de una norma una parte de la materia para someterla a una*

siguiendo este criterio, cualquier problema de interpretación se resolvería dando prevalencia a la norma especial, de manera que, en el caso concreto objeto de la consulta, los efectos derogatorios de la norma general (artículo 74 del Código Sustantivo del Trabajo) no implican la desaparición en el orden jurídico del artículo 22 de la Ley 842 de 2003, porque, precisamente, se supone que, por tratarse de un precepto especial, ya había sido abstraída la materia que el mismo contempla, esto es, la proporcionalidad laboral exigida entre nacionales y extranjeros en el ramo de la ingeniería, de la regulación general, para someterla a una reglamentación específica, diversa, autónoma e independiente en sus aspectos material y temporal, de suerte que su vigencia no está ligada o condicionada a la existencia de aquella. Esta regla hermenéutica *“es la que mejor responde a la voluntad del legislador, porque si el mismo legislador dicta dos normas, una general y otra especial, es porque el legislador quiso dar preferente aplicación a la ley especial, pues de otro modo no tendría sentido su promulgación”*.²⁵

En segundo lugar se advierte que, a la luz del criterio cronológico o temporal, que implica el estudio de la derogatoria de normas por incompatibilidad, como consecuencia de la expedición de leyes en el tiempo y cuyo conflicto resultante se soluciona con aplicación del principio *“lex posterior derogat priori”*, no se presenta una derogatoria expresa, tácita u orgánica del artículo 22 de la Ley 842 de 2003²⁶, por cuenta del párrafo tercero del artículo 65 de la Ley 1429 de 2010.

reglamentación diversa (contraria o contradictoria). El paso de una regla más amplia (que abarque un cierto genus) a una regla derogatoria menos amplia (que abarca una especie del genus) corresponde a una exigencia fundamental de justicia, entendida como igual tratamiento a las personas que pertenecen a una misma categoría. El paso de la regla general a la especial corresponde a un proceso natural de diferenciación de las categorías y a un descubrimiento gradual por parte del legislador de esta diferenciación. Dada o descubierta la diferenciación, persistir en la regla general comportaría dar igual tratamiento a personas que pertenecen a categorías diversas, lo que implicaría una injusticia. En este proceso de especialización gradual, llevada a cabo mediante leyes especiales, opera una de las reglas fundamentales de la justicia, la regla suum cuique tribuere.//“Se comprende entonces que la ley especial debe prevalecer sobre la general porque aquella representa un momento que no se puede eliminar en el desarrollo de un ordenamiento. Bloquear la ley especial ante la ley general sería bloquear ese desarrollo.// (...)”. Cfr. Bobbio, Norberto, *Teoría General del Derecho*, Editorial Temis, Bogotá, 1999, p.195.

²⁵ Ver: Tardío, Pato, J. Antonio. *“El principio de Especialidad normativa (lex specialis) y sus aplicaciones jurisprudenciales”* Revista de Administración Pública Número 162, septiembre-diciembre de 2003, Pág. 193, Madrid.

²⁶ En nuestro sistema normativo una característica general de la ley es su vigencia indefinida (sobre la vigencia indefinida de las leyes ver Díez-Picazo, Luis María. *La Derogación de las leyes*. Madrid, Civitas, 1990, p.143); es decir su obligatoriedad *sine die*, una vez que la misma entra a regir. Expedida una ley, su vigencia se mantendrá hasta el día que la misma norma lo establezca; hasta que sea derogada expresa o tácitamente por otra disposición posterior de igual o superior categoría; o hasta que la autoridad judicial competente la haya

En este sentido cabe anotar que, de acuerdo con el artículo 2º de Ley 153 de 1887²⁷, la norma posterior se impone sobre la norma precedente que le es opuesta o contraria y, por lo mismo, se entiende que es la que debe ser aplicada. Este análisis de la temporalidad, que permite concluir que la ley posterior prevalece sobre la anterior, requiere del estudio y verificación de que se haya derogado o no a la norma antigua expresa o tácitamente, parcial o totalmente.

Sobre la derogación de leyes, el Código Civil, en sus artículos 71 y 72, establece:

"Artículo 71. - La derogación de las leyes podrá ser **expresa o tácita**.

Es expresa cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua.

Es tácita cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior.

La derogación de una ley puede ser total o parcial.

Artículo 72.- La derogación tácita deja vigente en las leyes anteriores, aunque versen sobre la misma materia, **todo aquello que no pugna** con las disposiciones de la nueva ley". (Resalta la Sala)

Como puede apreciarse, en la derogación expresa, el legislador señala en forma precisa, directa, clara y concreta las normas que deroga o deja sin efecto en el mismo texto legal. En este evento no es necesario realizar un esfuerzo interpretativo, pues simplemente queda excluido y abolido del ordenamiento el precepto legal desde el momento en que el legislador así lo disponga y declare explícita e inequívocamente en ese sentido en el cuerpo normativo correspondiente. Esto fue lo que ocurrió con los artículos 74 y 75 del Código Sustantivo del Trabajo, en tanto la Ley 1429 de 2010 expresamente los derogó en el parágrafo tercero del artículo 65.

declarado inexecutable a través de una decisión con efectos erga omnes. Dicho de otro modo, la seguridad jurídica impone que las leyes desplieguen sus efectos hasta tanto no se produzca alguna circunstancia que el mismo ordenamiento reputa apta para hacer cesar su vigencia.

²⁷ Que al efecto dispuso: "Artículo 2. La ley posterior prevalece sobre la ley anterior. En caso de que una ley posterior sea contraria a otra anterior, y ambas preexistentes al hecho que se juzga, se aplicará la ley posterior".

Por su parte, la derogación tácita supone un cambio de legislación por incompatibilidad de lo regulado en la nueva ley frente a lo que antes regía según la ley precedente. Para determinar su ocurrencia, se hace necesaria una interpretación profunda y aguda de ambas leyes, mediante un cotejo o comparación reflexiva y razonada a partir de la cual se pueda inferir que las disposiciones de la ley nueva no pueden conciliarse con las de la ley antigua y, por tanto, que esta resulta insubsistente total o parcialmente.

Adicionalmente, la Ley 153 de 1887, en su artículo 3, estatuye la denominada derogatoria orgánica, para cuando una ley nueva regule íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería²⁸. Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de marzo 28 de 1984, explicó que “[l]a derogación orgánica, que para no pocos autores no pasa de ser una faz de la derogatoria tácita, sólo se da es verdad cuando la nueva ley “regule íntegramente la materia” que la anterior normación positiva regulaba. Empero, determinar si una materia está o no enteramente regulada por la ley posterior, depende de la intención revelada por el legislador de abarcar con la nueva disposición o disposiciones toda una materia, aunque en realidad no haya incompatibilidad alguna entre éstas y las de la ley anterior”.

Al aplicar los criterios anteriores al caso bajo estudio, se observa en primer lugar, que no se da la derogación expresa del artículo 22 de la Ley 842 de 2003, que es la que establece un porcentaje de ocupación laboral para personal foráneo en la profesión de ingeniería, por cuanto no hay norma legal que así lo declare explícitamente. El párrafo tercero del artículo 65 de la Ley 1429 de 2010 únicamente derogó en forma expresa los artículos 74 y 75 del Código Sustantivo del Trabajo, pero no dispuso ese efecto en relación con otras normas.

Tampoco se presenta una derogación tácita de la norma indicada, pues la regulación del artículo 22 de la Ley 842 de 2003 no entraña una contradicción con lo dispuesto por el artículo 65 de la Ley 1429 del 29 de diciembre de 2010 de “*Formalización y Generación de Empleo*”, que derogó de forma expresa los artículos 74 y 75 del Código Sustantivo de Trabajo. Estas disposiciones no entran en pugna, pues la norma derogatoria si bien desaparece la regla general del mundo jurídico sobre proporcionalidad laboral entre trabajadores nacionales y extranjeros no crea una nueva prohibición sobre la materia que pueda hacerla incompatible con la legislación especial

²⁸ “Artículo 3. Estímase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley nueva que regule íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería”. (Resalta la Sala)

preexistente, por tanto, es posible afirmar que el párrafo 3º del artículo 65 de la Ley 1429 de 2010 y el artículo 22 de la Ley 842 de 2003 no son excluyentes, y lo dispuesto en esta última subsiste además bajo la regla de especialidad.

Por último, no se configura una derogación orgánica, toda vez que el legislador en la Ley 1429 de 2010 sobre *“Formalización y Generación de Empleo”*, no expidió una regulación integral en el tema de la proporcionalidad laboral entre nacionales y extranjeros. De hecho, la única mención al tema está en la derogatoria del artículo 65 *ibidem*.

En este orden de ideas, concluye la Sala que el artículo 22 de la Ley 842 de 2003 no fue derogado por el párrafo 3º del artículo 65 de la Ley 1429 de 2010 y, en consecuencia, subsiste y goza de plena vigencia, de manera que el Consejo Profesional de Ingeniería de Petróleos, creado por Ley 20 de 1984, al efectuar el trámite de la Licencia Especial Temporal para el ejercicio de la Ingeniería de Petróleos de extranjeros en el país, debe exigir y aplicar la regla de proporcionalidad contenida en dicha disposición en materia del porcentaje de ingenieros nacionales y extranjeros en las empresas.

No obstante, advierte la Sala que conforme a los compromisos internacionales adquiridos por Colombia, estarían exentos del control de proporcionalidad laboral los trabajadores extranjeros que según lo contemplado en los tratados y convenios internacionales se les deba aplicar el principio de *“trato nacional”*, es decir, aquellas personas de otra nacionalidad que deban ser tenidos en cuenta en la misma o igual forma que a los nacionales colombianos, en virtud de la reciprocidad que emana de dichos instrumentos internacionales.

Conforme a lo expuesto, la Sala **RESPONDE:**

“¿Cuál sería el alcance de la derogatoria contenida en el artículo 65 de la Ley 1429 de 2010 respecto de la vigencia y viabilidad de la aplicación de la proporcionalidad especial contenida en el artículo 22 de la Ley 842 de 2003 y en particular, la proporcionalidad exigida por el Consejo Profesional de Ingeniería de Petróleos- creado por Ley 20 de 1984- al aplicar un porcentaje o proporcionalidad laboral de ingenieros nacionales y extranjeros en las empresas al efectuar el trámite de la Licencia Especial Temporal para el ejercicio de la Ingeniería de Petróleos de extranjeros en el país.?”

El artículo 22 de la Ley 842 de 2003 no fue derogado por el párrafo 3º del artículo 65 de la Ley 1429 de 2010 y, en consecuencia, subsiste y goza de

plena vigencia, de manera que el Consejo Profesional de Ingeniería de Petróleos, creado por Ley 20 de 1984, al efectuar el trámite de la Licencia Especial Temporal para el ejercicio de la Ingeniería de Petróleos de extranjeros en el país, debe exigir y aplicar la regla de proporcionalidad contenida en dicha disposición en materia del porcentaje de ingenieros nacionales y extranjeros en las empresas.

No obstante, advierte la Sala que conforme a los compromisos internacionales adquiridos por Colombia, estarían exentos del control de proporcionalidad laboral los trabajadores extranjeros que según lo contemplado en los tratados y convenios internacionales debidamente ratificados se les deba aplicar el principio de "*trato nacional*", es decir aquellas personas de otra nacionalidad que deban ser tenidos en cuenta en la misma o igual forma que los nacionales colombianos, en virtud de la reciprocidad que emana de dichos instrumentos internacionales.

Remítase al Ministro de Trabajo y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.



ALVARO NAMÉN VARGAS
Presidente de la Sala



GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR
Consejero de Estado



WILLIAM ZAMBRANO CETINA
Consejero de Estado



LUCÍA MAZUERA ROMERO
Secretaria de la Sala

23 JUL. 2015

LEVANTADA LA RESERVA LEGAL MEDIANTE AUTO DE FECHA 23 DE JULIO DE 2015