



GACETA DEL CONGRESO

SENADO Y CAMARA

(Artículo 36, Ley 5a. de 1992)

IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA
www.imprenta.gov.co

ISSN 0123 - 9066

AÑO XV - N° 300

Bogotá, D. C., martes 22 de agosto de 2006

EDICION DE 40 PAGINAS

DIRECTORES:

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

ANGELINO LIZCANO RIVERA
SECRETARIO GENERAL DE LA CAMARA
www.camara.gov.co

RAMA LEGISLATIVA DEL PODER PUBLICO

SENADO DE LA REPUBLICA

PROYECTOS DE LEY

PROYECTO DE LEY NUMERO 86 DE 2006 SENADO

por medio de la cual se crea el sistema nacional de protección a la mujer en estado de embarazo y en el posparto, se establecen los programas de promoción a la acogida de la vida y se dictan otras disposiciones.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1°. *Creación del sistema.* Créase el sistema nacional de protección a la mujer en estado de embarazo y en el posparto, como el conjunto de políticas públicas, actuaciones privadas, organismos, procedimientos y mecanismos orientados a brindar apoyo y orientación psicológica, jurídica, ética y social a la mujer en estado de embarazo y en el posparto.

Parágrafo. Para efectos de la presente ley entiéndase que el cubrimiento en el posparto se dará desde la fecha del parto y durante los seis meses posteriores a este.

Artículo 2°. *Articulación.* El sistema nacional de protección a la mujer en estado de embarazo y en el posparto se articula con las normas, procedimientos e instituciones vigentes que contengan disposiciones orientadas a brindar apoyo y protección a su estado, contenidas en la legislación laboral, de la función pública y demás instrumentos vigentes.

Su articulación se hará bajo la dirección del Ministerio de la Protección Social y comprenderá las acciones que se ejecuten desde el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF, las cajas de compensación familiar, las organizaciones no gubernamentales, las entidades promotoras de salud, las administradoras del régimen subsidiado, las administradoras de riesgos profesionales, las secretarías departamentales, distritales y municipales de salud, el Ministerio Público, la Defensoría del Pueblo, las iglesias, las instituciones especializadas, los consultorios jurídicos, las instituciones prestadoras de salud y profesionales de la salud, y demás relacionadas con la materia.

Artículo 3°. *Objeto.* El sistema nacional de protección a la mujer en estado de embarazo y en el posparto tiene por objeto facilitar la prestación del apoyo, acompañamiento y seguimiento psicológico, jurídico y social que requiera la mujer en lo atinente a la asimilación, interiorización, manejo, reconocimiento, integración con la familia y la sociedad y demás aspectos relacionados con su estado de embarazo, su entorno y sus relaciones personales, para facilitar las mejores condiciones de integración

y aprestamiento psicológico respecto al parto, la mayor información e ilustración respecto a su condición, a la normatividad vigente, a su condición personal y a las condiciones médicas y de salud de su estado y del estado del concebido no nacido, así como del nacido.

Artículo 4°. *Acompañamiento especial.* La mujer en estado de embarazo que se encuentre en una de las siguientes condiciones se integrará como sujeto de especial protección, con la consecuente responsabilidad del Estado en cuanto a brindar con preferencia el pleno apoyo que su situación demande:

- a) La mujer cuyo embarazo sea resultado de acceso carnal violento.
- b) La mujer cuyo embarazo sea resultado de inseminación artificial no consentida.
- c) La mujer cuyo embarazo ponga en peligro su vida.
- d) La mujer cuyo embarazo presente científicamente condiciones de malformación graves en el que está por nacer o alteraciones graves y permanentes de su condición física y de salud.
- e) La mujer en embarazo con edad inferior a los dieciséis (16) años.

Artículo 5°. *Alcance del acompañamiento especial.* El acompañamiento especial para la mujer en embarazo que se encuentre en las condiciones descritas en el artículo anterior consistirá en:

1. Las entidades de aseguramiento y prestación de los sistemas de seguridad social en salud y de riesgos profesionales que tengan conocimiento de un hecho tal deberán reportar con la reserva médica requerida el caso al comité de apoyo a la mujer en estado de embarazo que se crea al efecto en cada institución aseguradora.
2. Se prestará toda la atención psicológica que requiera la mujer en estado de embarazo o que sea ordenada por el médico tratante, según los procedimientos que al efecto se establezcan según el régimen al cual esté vinculada y con cargo al presupuesto del correspondiente régimen.
3. En forma obligatoria la mujer deberá acudir por lo menos a dos (2) sesiones de terapia y acompañamiento psicológico con un profesional especializado.
4. Las iglesias e instituciones especializadas no gubernamentales prestarán apoyo voluntario a la mujer en ese estado.
5. No se causará cobro alguno por tratamiento o atención a la mujer en estado de embarazo.

6. Se prestará apoyo jurídico gratuito por conducto de un consultorio jurídico pero por medio de profesionales graduados, previa contratación de la aseguradora con la institución correspondiente.

7. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF delegará previo reporte confidencial que se le realice por la aseguradora, un funcionario especializado que haga seguimiento a la atención de que trata la presente ley. Así mismo adoptará todas las medidas administrativas que requiera para que el apoyo y acompañamiento sean efectivos y proporcionados a la necesidad de la mujer.

Artículo 6°. *Acompañamiento obligatorio en caso de decisión de interrupción del embarazo.* En los eventos en que proceda sin sanción penal la interrupción del embarazo y como requisitos esenciales para que ella proceda, será obligatorio que se acredite ante el equipo profesional tratante que ejecute el comportamiento, lo siguiente:

1. Acreditación científica basada en por lo menos dos dictámenes médicos en que se exprese la condición de inviabilidad de quien está por nacer o de su grave malformación o de su grave afectación que haga inviable su condición autónoma y digna de vida.

2. Expresión suscrita en forma libre y voluntaria por la mujer en estado de embarazo, acreditada ante un testigo.

3. Acreditación de haberse llevado a cabo el procedimiento a que se refiere el numeral 3 del artículo anterior.

Artículo 7°. *Acompañamiento extendido en caso de interrupción del embarazo.* Cuando se presenten las circunstancias que permitan la interrupción del embarazo en los casos descritos en el artículo 4°, literales a), b), c) y d), se extenderá la cobertura de protección a que se refiere la presente ley por todo el tiempo que el tratante psicológico determine y en todo caso, en término no inferior a un (1) año.

Cuando el embarazo se presente en mujer con edad inferior a los dieciséis (16) años el acompañamiento se extenderá hasta tanto cumpla esa edad, sin perjuicio de la atención que corresponda dentro de las coberturas del régimen de aseguramiento al que esté vinculada.

Artículo 8°. *Protección a la mujer en condición de vinculada.* Si la mujer en estado de embarazo no se encuentra vinculada a un régimen de aseguramiento en salud, previo reporte y petición que se haga por ella o en su nombre, con carácter prioritario ante la autoridad de salud territorial, ingresará bajo el cuidado de dicha autoridad para los efectos de la protección de que trata la presente ley.

Artículo 9°. *Acompañamiento general.* Toda mujer en estado de embarazo y en su etapa posparto tendrá tratamiento preferente en lo atinente a prestación de servicios, coberturas, resolución de peticiones, suministro de medicamentos y la atención psicológica que requiera o que sea ordenada por el médico tratante y demás aspectos concernientes al sistema de aseguramiento en salud y riesgos profesionales.

De igual manera todas las instituciones públicas y privadas dispondrán en sus normas internas de operación y funcionamiento que se preste atención prioritaria a la mujer en estado de embarazo y en el posparto.

De manera especial se adoptarán las medidas del caso para que se visibilice y se haga efectiva la protección y prioridad que se le reconoce en el Estado Colombia a la mujer en estado de embarazo en el servicio público de transporte, en las instituciones financieras y de servicios y, en general, en la atención de todas las agencias públicas.

Artículo 10. El Ministerio Público y la Defensoría del Pueblo adoptarán las medidas internas que consideren necesarias y pertinentes en orden a garantizar la efectividad de las disposiciones contenidas en la presente ley, a prevenir conductas contrarias a su espíritu y a sancionar a quienes la infrinjan.

Las Superintendencias Nacional de Salud y del Subsidio Familiar supervisarán el cumplimiento de lo ordenado en la presente ley frente a las entidades por éstas vigiladas, sancionando su inaplicación de conformidad con las faltas y procedimientos aplicables en la normatividad vigente.

Artículo 11. *Promoción de la cultura de la vida.* A partir del sistema nacional de protección a la mujer en estado de embarazo el Ministerio de la Protección Social liderará y estructurará el diseño, ejecución y el

seguimiento de todas las medidas necesarias en orden a institucionales e interiorizar en el país una cultura por la vida, para la promoción de la acogida a quien está por nacer, para la concientización responsable en el manejo de la sexualidad y de la capacidad reproductiva, de la responsabilidad de la pareja y de la familia y el valor del mecanismo de la adopción.

Parágrafo. Para los efectos del presente artículo el Ministerio de Educación Nacional dispondrá lo necesario y velará para que en las instituciones de educación formal se realicen actividades informativas sobre la materia y se lleven a cabo campañas orientadas a la debida información de la mujer y a la toma de decisiones con responsabilidad.

Para la ejecución de estas actividades y con aplicación del principio de pluralismo y tolerancia, podrán celebrarse acuerdos con instituciones especializadas y con iglesias para que promuevan libremente sus valores bajo los postulados de la autodeterminación, la responsabilidad y la libertad razonada.

Artículo 12. *Participación de las cajas de compensación familiar.* Las cajas de compensación familiar quedan obligadas a realizar programas tales como los descritos en el artículo anterior para la población a ellas afiliadas, incluyendo a los miembros del núcleo familiar del trabajador y a los miembros del núcleo familiar de los desempleados sujetos de su protección en los términos de la Ley 789 de 2002.

Tales servicios serán sin costo alguno y se cubrirán contra los excedentes que generen en la operación de los servicios distintos al reconocimiento de la cuota monetaria de subsidio.

Artículo 13. La presente ley rige a partir de su promulgación.

Representantes a la Cámara, *Rosmary Martínez Rosales, Tarquino Pacheco C.*

EXPOSICION DE MOTIVOS

1. Fundamentos Constitucionales y Legales

DE LA EXPOSICION DE MOTIVOS

De conformidad con la facultad otorgada al Congreso de la República en el artículo 151 de la Constitución Política, se expidió la Ley 5ª de 1992, Ley Orgánica a la cual está sujeto el ejercicio de la actividad legislativa. En ella se estableció el reglamento del Organismo legislativo y de cada una de las Cámaras. El inciso 2° del artículo 144 de la citada ley, establece de manera clara los dos requisitos esenciales para la presentación de un proyecto de ley, así:

Original y dos copias del proyecto de ley, y su correspondiente exposición de motivos.

Es entonces un requisito fundamental para la presentación del presente proyecto el que esté acompañado de su exposición de motivos, el cual se sustenta en los siguientes términos:

DEL PROYECTO DE LEY

Este proyecto plantea su iniciativa en la necesidad de que la mujer cuente con apoyo y orientación psicológica, jurídica, ética y social cuando se encuentre en estado de embarazo y durante una etapa inicial del posparto.

Buscando además desarrollar cabalmente el artículo 43 de la Constitución Política que reza “La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de este subsidio alimentario si entonces estuviera desempleada o desamparada ...”.

Esta propuesta legislativa nace de la necesidad de que la mujer que tiene que afrontar en muchos casos sola, sin el apoyo de su familia, o aún contando con éste, su embarazo, cuente con el acompañamiento que le permita solucionar de manera racional, rápida y sin contratiempos, temas administrativos con su asegurador de salud y de manera más precisa, que encuentre un equipo profesional que le brinde las respuestas a sus interrogantes y el apoyo necesario frente a cualquier inquietud que suscite su estado.

Con gran frecuencia escuchamos en los medios de comunicación casos de bebés recién nacidos que han sido abandonados por sus madres,

lastimosamente situaciones económicas precarias o falta de afecto, falta de un adecuado acompañamiento profesional y muchos otros factores llevan a que esto ocurra.

Por ello, es muy importante la presencia del Estado en el acompañamiento de la madre durante su período de gestación, por lo que proponemos en este proyecto de ley que este a través del Sistema Nacional de Protección a la mujer en estado de embarazo y en el posparto y de todas las instituciones posibles brinde efectivamente la asistencia y protección ordenada en nuestra Carta Política.

Toda mujer embarazada en Colombia debe tener derecho efectivo a recibir adecuado tratamiento psicológico y de acompañamiento social.

Debe tener derecho a conciliar con su pareja y a abrir espacios de diálogo para establecer cuál será el mejor rumbo frente a la criatura que se ha engendrado.

No solamente podemos contentarnos con el seguimiento a la salud física. Tenemos que brindar adecuadas condiciones para el apoyo a su salud mental y familiar.

Gran revuelo ha causado la decisión de la Corte Constitucional en cuanto a la denominada despenalización del aborto, cuando este se presente en casos de embarazo producto de violación, o frente a graves malformaciones que afecten la condición del niño o en tratándose de situaciones que comprometan la vida de la propia madre.

Al acatamiento que nos obligan los fallos de los órganos judiciales se une la necesidad de dar salida a la aspiración de quienes estiman que bajo determinadas circunstancias la ponderación entre derechos a la vida y condiciones de dignidad entre la madre y el que está por nacer, ha de resolverse sin criminalizar la conducta abortiva.

De ahí a sostener que se abrió camino a la práctica abortiva hay una tremenda distancia, por cuanto la decisión judicial comentada debe motivar una profunda reflexión nacional sobre la importancia fundamental del derecho a la vida, el respeto que se impone en la sociedad a esa prerrogativa natural del ser humano, la trascendencia de la dignidad individual y la necesidad de generar unas condiciones sociales que promuevan el respeto a tan preciado valor en todas las circunstancias.

Precisamente ha caracterizado el ideario de Cambio Radical su profunda convicción en cuanto hace con el respeto a la vida en todas sus manifestaciones, desde la concepción hasta la terminación natural de la existencia, promoviendo siempre las condiciones de dignidad que hagan posible el disfrute de la misma.

En una sociedad cargada por el conflicto armado y no en pocas ocasiones por el desprecio al valor de la vida, la política debe ocuparse esencialmente de promover las condiciones que hagan efectivo el fundamental derecho.

La Corte ha determinado la aplicación normativa de la restricción al aborto, señalando que en casos de excepción y por surgir un enfrentamiento de derechos, quien practique un aborto no será sujeto del derecho penal.

Nos corresponde ahora desde el Congreso de la República, articuladamente con un esfuerzo del Gobierno Nacional y, especialmente, a partir de una acción coherente y decidida de las instancias sociales y las fuerzas vivas del país, divulgar adecuadamente los alcances del fallo, así como proponer las acciones que complementen y encuadren su alcance del respeto al valor fundamental y constitucional de la vida.

Por ello, presentamos a consideración del Congreso este proyecto de ley por medio del cual se establezca un sistema nacional de apoyo a la mujer en estado de embarazo y en el posparto y se promueva el valor de la vida, en el que se reconozca por supuesto, la opción de las madres que al amparo del fallo de constitucionalidad comentado decidan terminar anticipadamente su embarazo, pero mediante el cual se generen condiciones de apoyo y soporte a circunstancias tan difíciles para la mujer y la familia.

Lo que está en juego es la cultura por la vida, el respeto a la dignidad de los seres humanos y la consideración sobre las decisiones autónomas que los individuos pueden tomar, siempre con la generación de serios impactos en el ámbito social.

Lo que no podemos tolerar de una parte es que se abra camino una cultura facilista que acoja opciones de muerte, pero tampoco caer en el olvido del sufrimiento de tantas madres que sin preparación, sin conciencia plena, sin respaldo de la sociedad, se enfrentan al embarazo como una etapa de dificultad, confusión y desarmonía.

Es el caso de las madres menores de edad, niñas desde casi los 12 años que cada vez es más frecuente que por hechos lamentables como abusos o por simple cultura de vida, queden embarazadas, se hace mucho más valioso este sistema. No nos quepa duda que si en muchas ocasiones para una mujer adulta genera el embarazo la necesidad de apoyo y acompañamiento de este orden, cómo no lo será para estas niñas.

El fallo de la Corte Constitucional abre una opción extrema para ciertas circunstancias, pero en nada se ha modificado nuestro ordenamiento en casos ordinarios de embarazo, sin perder de vista las cifras impactantes del ICBF frente a las cuales cerca de la mitad de los embarazos anuales en Colombia no son deseados.

Es preciso impulsar desde la ley un esquema de amplia divulgación y formación en materia de educación sexual para la vida. No podemos resignarnos exclusivamente a la divulgación y masificación en el uso de métodos de control natal, la tarea implica resaltar, promover, dialogar sobre el valor de la vida, sobre el embarazo como expresión de amor, sobre las responsabilidades ciudadanas de los padres y las familias y sobre las opciones de una mujer cuando resulta en estado de embarazo.

A este respecto el sistema nacional de apoyo a la mujer en embarazo debe articular sus esfuerzos con el ICBF para facilitar opciones en materia de entrega en adopción de menores cuyo nacimiento no esté acompañado de las mejores condiciones psicológicas o materiales de sus padres. Esta opción de vida debe abrirse con respeto, pero con claridad, por supuesto a través de estrictos procedimientos de acompañamiento y valoración frente a las mujeres y sus familias.

No menos compleja es la etapa posparto en la que la mujer debe afrontar por circunstancias biológicas o de índole personal y familiar, como el madresolterismo, el embarazo no planeado, parto prematuro y depresiones previas, situaciones que afectan su condición psicológica sufriendo en muchos casos depresión con síntomas como tristeza, llanto, disminución o pérdida del apetito, inestabilidad emocional e insomnio.

Para ilustrar este tema transcribimos unos apartes del artículo publicado por AUPEC de la Universidad del Valle tomado de la página web aupec.univalle.edu.co que brinda importante información sobre las estadísticas respecto de las mujeres latinas:

“... Latinas con mayor tendencia a la depresión.

El problema de la depresión posparto ya ha sido investigado en los países de América del Norte y de Europa, pero en Latinoamérica, la indagación al respecto ha sido muy escasa. A partir de algunos estudios efectuados hasta el momento, se ha encontrado que entre las mujeres latinas se presenta la depresión posparto entre un 20 y 30%, mientras que entre mujeres europeas o norteamericanas, se presenta en un 10% aproximadamente.

Existen varios niveles de depresión posparto. Generalmente entre el 40 y 50 por ciento de las mujeres presentan melancolía pero este es un estado emocional transitorio que surge el tercer o cuarto día después del parto y coincide con el brusco descenso de estrógenos, que acompaña el inicio de la producción de leche. Cuando los síntomas persisten más allá de las cuatro semanas posteriores al parto, ya se puede considerar como un estado de depresión.

Este estado depresivo puede permanecer por espacio de seis meses o hasta un año y otras de sus causas pueden ser el conflicto en la relación de pareja o la personalidad inadecuada en la mujer; es decir, cuando es ansiosa, dominante, perfeccionista, compulsiva y que tiene unas expectativas muy altas. Cuando esas expectativas no se cumplen, se presenta insatisfacción y sentimientos de culpa que contribuyen a la depresión.

En el caso de las mujeres latinoamericanas, otros factores que pueden incidir en la presencia de la depresión posparto, son las condiciones de calidad de vida a las que se ven sometidas y que son inferiores en comparación a las europeas o norteamericanas.

“Por ejemplo, el trato que recibe la mujer latina, tiene una gran carga de discriminación pues esta es una sociedad machista donde la responsabilidad de criar a los hijos descansa sólo en la mujer, como si no fuera responsabilidad también del hombre. De otro lado, la violencia de la que es víctima frecuentemente, ya sea por abuso sexual, físico o emocional, desencadena también la reacción depresiva”, explica Gladys Canaval, docente de la Facultad de Salud de la Universidad del Valle y doctora en Salud Pública de la Universidad de Illinois, Chicago...”.

Podemos entender la importancia del apoyo psicológico y social para la depresión que se pueda presentar en la etapa posparto.

Por las anteriores consideraciones proponemos el presente Proyecto de ley “por medio de la cual se crea el sistema nacional de protección a la mujer en estado de embarazo y en el posparto, se establecen los programas de promoción a la acogida de la vida y se dictan otras disposiciones”.

Rosmery Martínez Rosales, Tarquino Pacheco,
Representantes a la Cámara.

SENADO DE LA REPUBLICA

Secretaría General (Art. 139 y ss. Ley 5ª de 1992)

El día 17 del mes de agosto del año 2006 se radicó en este Despacho el Proyecto de ley número 86, con todos y cada uno de los requisitos constitucionales y legales, por la honorable Representante Rosmery Martínez Rosales.

El Secretario General,

Emilio Otero Dajud.

SENADO DE LA REPUBLICA

SECRETARIA GENERAL

Tramitación de Leyes

Bogotá, D. C., agosto 17 de 2006

Señora Presidenta:

Con el fin de que se proceda a repartir el Proyecto de ley número 86 de 2006 Senado, por medio de la cual se crea el sistema nacional de protección a la mujer en estado de embarazo y en el posparto, se establecen los programas de promoción a la acogida de la vida y se dictan otras disposiciones, me permito pasar a su despacho el expediente de la mencionada iniciativa que fue presentada en el día de hoy ante Secretaría General. La materia de que trata el mencionado proyecto de ley es competencia de la Comisión Séptima Constitucional Permanente, de conformidad con las disposiciones reglamentarias y de ley.

El Secretario General del honorable Senado de la República,

Emilio Otero Dajud.

PRESIDENCIA DEL HONORABLE SENADO DE LA REPUBLICA

Bogotá, D. C., agosto 17 de 2006

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

Cúmplase.

La Presidenta del honorable Senado de la República,

Diliana Francisca Toro Torres.

El Secretario General del honorable Senado de la República,

Emilio Otero Dajud.

* * *

PROYECTO DE LEY NUMERO 87 DE 2006 SENADO

mediante la cual se adiciona un inciso al artículo 183 de la Ley 115 de 1994.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1º. El artículo 183 de la Ley 115 de 1994 quedará así:

Artículo 183. Derechos académicos en los establecimientos educativos estatales. El Gobierno Nacional regulará los cobros que puedan

hacerse por concepto de derechos académicos en los establecimientos educativos estatales. Para tales efectos definirá escalas que tengan en cuenta el nivel socioeconómico de los educandos, las variaciones en el costo de vida, la composición familiar y los servicios complementarios de la institución educativa.

Las Secretarías de Educación Departamentales, Distritales o los organismos que hagan sus veces, y las de aquellos municipios que asuman la prestación del servicio público educativo estatal, ejercerán la vigilancia y control sobre el cumplimiento de estas regulaciones.

Los estudiantes pertenecientes a los niveles 1, 2 y 3 del Sisbén y la población rural de escasos recursos económicos, quedarán excluidos del cobro de derechos académicos tales como matrículas, pensiones y materiales educativos en las instituciones del Estado.

De conformidad con el artículo 67 de la Constitución Nacional, dichos costos serán asumidos por el Estado.

Artículo 2º. La presente ley rige a partir de su promulgación.

Cordialmente,

Carlos Enrique Soto Jaramillo,

Representante a la Cámara,

Departamento de Risaralda.

EXPOSICION DE MOTIVOS

Un niño sin educación es un niño sin futuro; si Colombia no invierte en su futuro, no tiene futuro (k. Tomasevski -2004)

1. Situación del derecho a la educación en Colombia.

1.1. Antecedentes del sector.

En Colombia la educación básica no es totalmente gratuita. La mayoría de los niños y jóvenes que quieren ingresar a educarse deben hacer un pago ya sea parcial en las instituciones del Estado, con algunas excepciones o total como ocurre en las instituciones privadas.

En el camino hacia la privatización de las instituciones educativas, el Estado en términos prácticos ha venido acotando su compromiso con la educación pública a la financiación de la nómina docente. Las familias deben cubrir los costos del mantenimiento y conservación de las instalaciones escolares, la adquisición del material pedagógico y el pago de los salarios del personal no docente como los vigilantes, secretarías y el personal de aseo y mantenimiento de las escuelas. Estos costos deben ser cubiertos con los otros pagos que las familias tienen que realizar por concepto de cobro de matrículas, pensiones y demás recursos económicos que se perciban por la venta y prestación de los servicios docentes a los estudiantes¹.

Según el primer informe presentado en abril del presente año, por la Procuraduría General de la Nación sobre el sector educativo, sostiene que en el país, son cerca de 3'782.696 los niños que están por fuera del colegio, sin contar la población rural y desplazada, además de los grupos étnicos que siguen sin ser atendidos (de hecho, unas cifras señalan 1'600.000 y otras 4 millones) y, contrario a lo que se creía, se está dando menos plata a la educación.

A pesar de que el artículo 67 de la Constitución establece que la educación básica será obligatoria y gratuita entre los 5 y los 15 años en las instituciones del Estado, la normatividad vigente insiste en aplicar tarifas a los niños que deseen educarse, negando de este modo el acceso a las aulas a la población de menores ingresos².

La pobreza es sin duda uno de los mayores obstáculos para el goce del derecho a educarse de los niños y jóvenes en Colombia, tal como lo señala el estudio adelantado por la Fundación Corona en el año 2003, en pleno siglo XXI, el 8% de la población colombiana (3.5 millones de personas) es analfabeta; y en la zona rural 18 de cada 100 personas no han recibido ningún tipo de educación. Sólo el 33% de los niños y las niñas que entran a básica primaria logra graduarse como bachilleres, gastando en promedio doce o trece años para cursar once grados. Los

¹ Decreto No. 1857 de 1994

² Decreto 0135 de 1996 por el cual se regulan los cobros por concepto de derechos académicos en los establecimientos educativos estatales.

niños y jóvenes de las familias más pobres y de las zonas rurales son los que tienen menos posibilidades de acceder a la escuela y terminar exitosamente sus estudios³.

La Constitución de 1986 consagraba en su artículo 41 que, sin ningún tipo de excepción, la educación primaria sería gratuita en todas las instituciones del Estado y obligatoria en los grados que previamente señalare la ley. Por esta razón, hasta hace 15 años fecha en que entró en vigencia la Constitución de 1991, a ningún niño colombiano se le cobraba la matrícula en las escuelas oficiales. A partir de esta Constitución, los derechos sociales, económicos y culturales han venido sometiéndose a los criterios de que la sociedad y la familia son también responsables del cumplimiento de estos derechos y con el argumento de que los servicios del Estado deben racionalizarse, ser eficientes y tener control de calidad.

2.2 Cobertura en Educación básica y media

No obstante los esfuerzos que se han hecho para mejorar la cobertura en los últimos 10 años, las estadísticas sobre el acceso a la educación básica y media, evidencia que además de deficiente en lo que respecta a su calidad, las cifras en cuanto a cobertura no son suficientes, tal como se muestra en la siguiente tabla:

cobertura de la educación Preescolar, Básica y media - 2002					
	Preescolar (grado 0)	Básica Primaria	Básica Secundaria	Media	Total
Cobertura Bruta					
Urbana	38%	105%	96%	73%	87%
Rural	29%	130%	35%	15%	69%
Total	35%	112%	79%	56%	82%
cobertura neta					
Urbana	34%	79%	66%	35%	83%
Rural	24%	89%	24%	7%	67%
Total	31%	82%	54%	27%	78%

Estimaciones de poblaciones urbano-rurales, con base en proyecciones (MEN)

Es evidente que, a partir del año 2002, se ha dado un aumento considerable en cuanto a cobertura (Revolución Educativa); de acuerdo al Ministerio de Educación Nacional, en el año 2005 casi 11 millones de estudiantes asistieron a básica primaria, secundaria y media. La cobertura de educación básica pasó del 82% en 2002, al 88% en el 2005. Es decir cerca de 8.310.165 estudiantes fueron atendidos en establecimientos oficiales y 2.475.304 por establecimientos no oficiales.

Los índices de cobertura bruta superiores al 100% en la básica primaria indican que la capacidad instalada está en condiciones de atender a la población correspondiente a este grupo de edad, tanto en la zona urbana como rural.

	2001	2002	2003	2004	2005
Establecimientos	59.248	56.162	56.162	53.215	55.057
Alumnos	9.576.348	9.994.404	10.323.582	10.501.959	10.785.469
Tasa de cobertura (Bruta) Ed. Básica	79%	82%	84%	85%	88%

Fuente: Ministerio de Educación Nacional.

Si bien las cifras muestran un avance respecto a décadas pasadas, la cobertura es aún insuficiente. La tasa neta en primaria está muy por encima de preescolar y la media, así como también de secundaria. Este atraso se presenta a pesar de los esfuerzos realizados, mediante diversos programas, como: a) educación rural; b) reorganización educativa; y c) subsidios a la demanda en educación primaria y secundaria⁴.

Sin embargo el factor más importante que pesa sobre la cobertura son las tasas elevadas de repitencia y deserción escolar que se presentan en el primer grado de primaria: 10 y 18 por ciento, respectivamente. Las tasas son mayores en el sector oficial y en las zonas rurales. En las áreas rurales, cerca del 50% de los estudiantes abandonan el sistema escolar al finalizar su formación básica primaria. Las tasas de deserción en el

sector oficial muestran una disminución progresiva, mientras que en el sector privado muestran un leve aumento a partir de 1998.

Esta tendencia está asociada, en buena parte, a la crisis económica del final de la década de los 90, obligando a muchas familias a recurrir a la educación pública como paliativo para los menores ingresos. De otro lado, la evidencia disponible indica que la principal causa de la inasistencia escolar es el alto costo de la educación (34%), seguida de falta de interés (21%). Estas cifras indican la necesidad de revisar el tema del costo educativo, la pertinencia de la formación en secundaria, así como la metodología empleada⁵.

Lograr la permanencia de los niños dentro del sistema educativo es una de las metas que se ha propuesto la Revolución Educativa, propuestas por el Gobierno Nacional. Sin embargo, este propósito es permanentemente amenazado por dos problemas: la repitencia y la deserción escolar.

Los índices de deserción escolar difieren considerablemente entre las instituciones oficiales y no oficiales. Al analizar la información de matrícula consolidada por nivel educativo, se observa que mientras en las instituciones educativas privadas el número de estudiantes que cursa undécimo grado representa el 60% de los que iniciaron primer grado, en el sector público ese porcentaje desciende al 22%.

Sin embargo, las cifras más preocupantes de deserción escolar se encuentran en las zonas rurales, pues del total de niños matriculados para iniciar el ciclo en primaria, sólo el 5% de ellos llega hasta el grado undécimo; en el sector urbano la cifra es del 46%.⁶

Si se mira la evolución reciente de las cifras de permanencia de los alumnos en el sistema educativo, se observa un avance significativo que, sin embargo, es aún insuficiente. Los datos obtenidos durante la década comprendida entre los años 1990 y 2000 muestran que, para el sector urbano, el 32% de los colombianos entre los 20 y los 29 años completaban su formación hasta el grado noveno, mientras que en el 2000 esta proporción se había incrementado hasta alcanzar el 60%. En el sector rural las cifras fueron de 10% en el 90 y de 22% en el 2000.

Esto nos permite concluir que ante la escasez de recursos económicos asignados por el Estado a las instituciones educativas, unido al cobro generalizado de tarifas académicas para el acceso al derecho a educarse, ha creado en la mayoría de establecimientos públicos del país, una situación estructural de limitación y entramamiento de este derecho fundamental y que, de facto, ha creado una restricción generalizada para el acceso de la población más pobre a educarse y por ende ha generado una deserción escolar masiva.

1.3 Implementación de la gratuidad de la educación en algunos territorios del país

Es evidente y posible que en el país la educación puede ser gratuita para la población de escasos recursos, ya que desde el año 2003 hay instituciones territoriales que vienen implementando el sistema de gratuidad en la educación, tales como: Bogotá, D. C. que implementó desde 2005 el programa de gratuidad total para población de estrato 1 y gratuidad parcial (50%) para el estrato 2; Girardot, cobertura en el estrato 1 de 4.079, estrato 2 de 9.060, estrato 3 de 2.138, para un total de 15.277; Cartago, en el 2005 se implementó con una cobertura en el estrato 1 de 720, en el estrato 2 de 447 y estrato 3 de 138, para un total de 1.305; Tuluá con una población total beneficiada de 2.500 en el 2005, se dirigió a la población de la zona rural de la media y alta montaña, de los niveles 1 y 2, en 53 establecimientos educativos dispersos de 12 corregimientos, beneficiando a los estudiantes de los niveles de preescolar, básica y media. Pereira viene implementando desde el año 2003 inicialmente se benefició a toda la población escolar con la exoneración de matrícula y pensión, siendo destinatarios 89.686 niños y jóvenes aproximadamente; en el 2004, fueron beneficiarios 90.633, y en el 2005, debido a la imposibilidad de

3 Programa de Promoción de la Reforma Educativa en América Latina y el Caribe, PREAL, Fundación Corona, Corpoeducación, 2003.

4 Plan Nacional de Desarrollo 2002 – 2006, “Hacia un Estado Comunitario”, Pág. 166.

5 Corpoeducación, situación de la educación básica, media y superior en Colombia, casa Editorial El Tiempo, 2001.

6 Revista Al Tablero No. 21, junio de 2003

la sisbenización a toda la población, se determinó atar el beneficio de la gratuidad al estrato 1, 2 y 3; Cundinamarca, desde el 2005, estableció como beneficiarios del programa de gratuidad de la educación los niveles 1, 2 y 3 del Sisbén y la población rural especialmente. Así mismo se viene implementando este programa en otras ciudades como Manizales, que viene desarrollándolo desde el 2003, beneficiando aproximadamente 221.000 estudiantes de los niveles 1 y 2, lo cual representa un importante resultado en beneficio de la población de escasos recursos.

Esta iniciativa del orden territorial ha venido surgiendo como una necesidad social de que el Estado, en cumplimiento de sus deberes, otorgue educación gratuita en todas las instituciones públicas para toda aquella población que acredite insolvencia económica, como la medida más efectiva para contrarrestar el analfabetismo, la deserción escolar y la desigualdad social.

Lo anterior nos indica que con el apoyo decidido de la nación sí es posible implementar la gratuidad educativa en todo el país. Ya los municipios y algunos departamentos nos vienen demostrando la necesidad urgente e imperativa de universalizar el sector.

2. La gratuidad de la educación en el marco Constitucional y legal

En Colombia este derecho fundamental está consagrado en los siguientes artículos de la Constitución Nacional:

Artículo 27. El Estado garantiza las libertades de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra.

Artículo 67. La Educación es un derecho de la persona y un servicio público que tiene función social: con ella se busca el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica, y a los demás bienes y valores de la cultura.

...La educación formará al colombiano en el respeto a los derechos humanos, a la paz y a la democracia; y la práctica del trabajo y la recreación, para el mejoramiento cultural, científico, tecnológico y para la protección del ambiente...

... La educación será gratuita en las instituciones del Estado, **sin perjuicio del cobro de derechos académicos a quienes puedan sufragarlos**. (La negrilla es nuestra, llamando la atención en que esto es lo que se proyecta reglamentar).

...

Artículo 68. ... (Inciso 1) La comunidad educativa participará en la dirección de las instituciones de educación. ... La enseñanza estará a cargo de personas de reconocida idoneidad ética y pedagógica. La ley garantiza la profesionalización y dignificación de la actividad docente... Los padres de familia tendrán derecho de escoger el tipo de educación para sus hijos menores. En los establecimientos del Estado ninguna persona podrá ser obligada a recibir educación religiosa... Los integrantes de los grupos étnicos tendrán derecho a una formación que respete y desarrolle su identidad cultural. ... La erradicación del analfabetismo y la educación de personas con limitaciones físicas o mentales, o con capacidades excepcionales, son obligaciones especiales del Estado.

Sin embargo este derecho fundamental consagrado en el artículo 67 de la Constitución Política de Colombia, al ser desarrollado por la Ley 115 de 1994, deja vacíos, por cuanto no se establece puntualmente cuáles sectores de la población, por sus condiciones socioeconómicas, pueden acceder de manera gratuita al disfrute de este derecho Constitucional fundamental.

Se debe recordar que la educación en todas sus formas y en todos los niveles tiene cuatro características esenciales: disponibilidad, accesibilidad (no - discriminación), accesibilidad material y accesibilidad económica; aceptabilidad y adaptabilidad; en el país por las condiciones económicas, el desplazamiento forzado entre otros, es la principal razón por la cual los niños y jóvenes colombianos no pueden acceder y en algunos casos permanecer y terminar sus estudios académicos.

Si analizamos lo que dice la Corte Constitucional, “el núcleo esencial de un derecho es el ámbito necesario e irreducible de conducta que el derecho protege, con independencia de las modalidades que asume el derecho o las formas en que se manifieste”⁷. Los derechos económicos,

sociales y culturales, consagrados en el capítulo 2 del título II, son inherentes a la dignidad humana y a la finalidad social del Estado; por esta razón lo ha reiterado la Corte Constitucional, tienen el carácter de derechos fundamentales, así no se encuentren ubicados en el capítulo I del mismo título, que se ocupa de los derechos fundamentales⁸.

Así, para la Corte ha sido claro que uno de los principales fines de la educación es asegurar al sujeto el logro de valores entre los cuales se encuentra y destaca el conocimiento, el cual es adquirido y reproducido a través de ella, como la ciencia, la técnica y los demás bienes y valores de la cultura. La educación se erige en derecho fundamental en la medida en que es inherente a la naturaleza del hombre; hace parte de su dignidad y es punto de partida para lograr su libre desarrollo de la personalidad y la efectivización de la igualdad material al implicar su competencia en el mundo de la vida (T-02/92). Por ello, son obligaciones del Estado en materia educativa, regular y ejercer la suprema inspección y vigilancia de la educación con el fin de velar por su calidad, por el cumplimiento de sus fines y por la mejor formación de los educandos; garantizar el adecuado cubrimiento del servicio y asegurar a los menores las condiciones para su acceso y permanencia en el sistema educativo⁹.

La obligación del Estado de proveer servicios educativos adecuados, suficientes y gratuitos para todos los niños en edad escolar es una obligación que permanece vigente; los términos de este derecho tal y como están consagrados en los pactos internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Estado Colombiano prevalecen sobre cualquier disposición del orden interno; tres pactos internacionales de derechos humanos suscritos y ratificados por Colombia prescriben que el Derecho a la Educación básica obligatoria y gratuita es un derecho cuya aplicación es de carácter universal y no admite excepciones. Es deber pues, del Estado garantizar el acceso a la educación básica en los establecimientos oficiales de manera gratuita para todos los niños, desde el más pobre hasta el más rico.

Estos pactos son los siguientes:

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, más conocido como Protocolo de San Salvador, prescribe que:

Artículo 13. Derecho a la Educación:

...

a) la enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente.

Este pacto, entrado recientemente en vigor, fue ratificado por el Congreso en virtud de la Ley 319 de 1999.

A su vez, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño refuerza el concepto de la gratuidad extendiéndolo a la provisión de las condiciones que permitan al niño el acceso y la permanencia, **como serían el suministro de uniformes, meriendas y textos escolares para los niños que lleguen a necesitarlo. Pero es claro también este pacto en señalar que la gratuidad en la educación básica es un principio que no admite excepciones.**

El artículo 28 de la Convención Internacional de los derechos del niño, en su artículo 28, dice que los Estados firmantes, para garantizar “condiciones de igualdad de oportunidades para ejercer ese derecho, deberán en particular:

a) implantar la enseñanza primaria obligatoria y **gratuita para todos**.

b) “...adoptar medidas apropiadas tales como la implantación de la enseñanza gratuita y la concesión de asistencia financiera en caso de necesidad”.

En la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada también por Colombia, y que por lo tanto tiene también un sentido vinculante, por lo menos como pauta interpretativa en la aplicación de los derechos humanos, se prescribe en su artículo 26 que:

7 Sentencia T- 944 de 2000, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

8 Sentencia T- 02 de 1992, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

9 Sentencia T-944 de 2000.

“Artículo 26: Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. ...”

A su vez, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en dos de sus artículos prescribe el derecho a la educación básica gratuita y obligatoria como un derecho ineludible por parte del Estado y que no admite excepciones de cobro.

En su artículo 13, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ordena que:

Artículo 13. ...

a) la enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente.

b) la enseñanza **secundaria**,... debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita.

Artículo 14. Todo Estado Parte en el presente Pacto que, en el momento de hacerse parte en él, aún no haya podido instituir en su territorio metropolitano o en otros territorios sometidos a su jurisdicción la obligatoriedad y la gratuidad de la enseñanza primaria, se compromete a elaborar y adoptar, dentro de un plazo de dos años, un plan detallado de acción para la aplicación progresiva, dentro de un número razonable de años fijado en el plan, del principio de la enseñanza obligatoria y gratuita para todos.”

Además, la misma Constitución Colombiana es clara en su artículo 93, en el sentido de que los derechos y deberes consagrados en esta Carta deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. Y el mismo artículo dispone que los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos, ratificados por el Congreso, prevalezcan en el orden interno.

A diferencia de los derechos individuales como lo son los civiles y políticos, los cuales fueron acogidos sin mayores dificultades por la comunidad internacional, la redacción, adopción y creación de mecanismos idóneos para garantizar la vigencia de los derechos sociales, económicos y culturales, ha sido objeto de arduos debates desde que se sometió su discusión en el seno de las Naciones Unidas. “En el origen de la controversia están las contradicciones entre el sistema político y el sistema económico, capaz de garantizar la igualdad de condiciones y oportunidades para lograr una vida digna y el pleno disfrute de los derechos y libertades; las contradicciones que se presentan entre los derechos individuales civiles, políticos y los derechos colectivos sociales, económicos, culturales; así como las consecuencias jurídicas y políticas que de ellos se desprenden, para los Estados y la comunidad internacional”¹⁰.

Si bien es cierto que las declaraciones no entrañan un compromiso jurídico para los Estados, sí constituyen una obligación ética de aquellos con la lucha por el respeto a la dignidad humana en el mundo. Las Naciones Unidas han dicho que los Estados tienen obligaciones inmediatas respecto del derecho de educación, como garantía de ejercicio de otros derechos, que se debe garantizar sin discriminación alguna, además de tener la obligación de adoptar medidas para lograr la plena aplicación. La educación como derecho fundamental requiere tres (3) atributos: universalidad, obligatoriedad y **gratuidad**; y por parte del Estado impone tres obligaciones: La de respetar, proteger y cumplir este mandato.

Revisando el marco legal pertinente al tema de la educación en los países de América Latina, vemos que, en la ley marco, se consagra puntualmente la gratuidad de la educación (Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica, Guatemala, México y Venezuela entre otros). Cuba por ejemplo, en uno de sus apartes de su constitución consagra en el artículo 51, “Todos tienen derecho a la educación. Este derecho está garantizado por el amplio y gratuito sistema de escuelas, semi internados, internados y becas, en todos los tipos y niveles de enseñanza, y por la gratuidad del material escolar, lo que proporciona a cada niño y joven, cualquiera que sea la situación económica de su familia, la oportunidad de cursar estudios de acuerdo con sus aptitudes,...”.

La Ley General de la Educación (Ley 115 de 1994) que reglamentó el ejercicio del derecho a la educación en Colombia llevó aún más lejos

la suposición de que todos los niños colombianos están en capacidad de pagarle al Estado los costos de su educación. El artículo 183 establece que el gobierno nacional regulará los cobros que puedan hacerse por concepto de derechos académicos en los establecimientos educativos estatales y que para tal efecto “Definirá escalas que tengan en cuenta el nivel socioeconómico de los educandos, las variaciones en el costo de la vida, la composición familiar y los servicios complementarios de la institución educativa”.

El Decreto número 1857 de 1994 crea los llamados “Fondos de Servicios Docentes” que eliminó el principio de la gratuidad en la educación básica, estableciendo que los recursos para este fin provendrán, entre otros, del cobro de matrículas, pensiones y demás recursos económicos que se perciban por la venta y prestación de servicios docentes a los estudiantes, por los dineros provenientes de admisiones, validaciones, habilitaciones, carnés, derechos de grados, certificaciones, constancias y semejantes, lo mismo por el cobro de dineros para la adquisición de material didáctico a los estudiantes¹¹.

Los dineros recaudados por estos pagos son destinados al pago de mantenimiento, conservación, reparación y adecuación de las instalaciones escolares; a la adquisición de los materiales, suministros, papelería y material de aseo; al pago de los servicios públicos de agua, teléfono y energía; a la adquisición de material pedagógico y al pago de los salarios del personal no docente como los vigilantes, secretarías y personal de aseo y mantenimiento de las escuelas.

Solamente a partir de la posibilidad de cobro por los costos de la educación básica establecida en el artículo 67 de la Constitución de 1991 se comenzó a trasladar a las familias el cobro de estos rubros que durante la vigencia de la anterior Constitución eran sostenidos integralmente por el Estado.

En el Decreto 0135 del 17 de enero de 1996, expedido por el Ministerio de Educación Nacional, se establece la regulación a los cobros por concepto de derechos académicos en los establecimientos educativos estatales, autorizándoles el cobro en los niveles de preescolar, básica y media. Así mismo, consagra que “El servicio educativo prestado por los establecimientos educativos estatales es por su propia naturaleza gratuito, sin perjuicio del cobro de derechos académicos a quienes puedan sufragarlos, teniendo en cuenta las escalas y criterios definidos en el presente reglamento y en los que dicten las secretarías de educación departamentales y distritales, atendiendo las disposiciones del mismo” y que las secretarías de educación departamentales y distritales o los organismos que hagan sus veces, a su vez, expedirán el reglamento territorial para el cobro de derechos académicos por parte de los establecimientos educativos estatales de su jurisdicción. Tal competencia será ejercida, de acuerdo con las disposiciones de este reglamento y de otros actos administrativos, tales como circulares y directivas, expedidos por el Ministerio de Educación Nacional.

En el artículo 5° del mismo decreto se definen los derechos académicos como la suma regulada por la autoridad competente, con la cual las familias que pueden hacerlo contribuyen de manera solidaria para atender costos de los servicios educativos distintos de los salarios y prestaciones sociales del personal, requeridos por los establecimientos estatales para la formación integral de sus hijos, durante el año académico.

En el artículo 9°, estipula que al definir los niveles de gratuidad, las entidades territoriales deberán garantizar, en todo caso, los recursos que permitan, a los establecimientos educativos estatales, atender los gastos distintos de salarios y prestaciones sociales, así como que la gratuidad para el cobro de derechos académicos deberá obligatoriamente observarse para los casos expresamente ordenados en la ley.

En el párrafo transitorio señaló que no obstante la facultad otorgada al Ministerio de Educación Nacional, **para el año académico que se iniciaba en 1996, la gratuidad era obligatoria en el caso de ingresos**

¹⁰ República de Colombia, Presidencia de la República, Consejería Presidencial para los Derechos Humanos (1993), Fundamentos jurídicos de los derechos humanos, Bogotá.

¹¹ Decreto No. 1857 de 1994. Artículo 2

familiares cuyo monto fuera igual o inferior a cuatrocientos veintisiete mil pesos (\$427.000.00).

No hay que olvidar que, desde el año pasado, hemos venido siendo destinatarios de recomendaciones por parte de la comunidad internacional, especialmente por la Organización de Naciones Unidas en relación con el tema educativo, y específicamente con el alcance de la redacción del marco legal que garantice el disfrute pleno del derecho a la educación.

3. Objeto del proyecto de ley

La modificación propuesta mediante este proyecto de ley, tiene por objeto adicionar el artículo 183 de la Ley 115 de 1994 de tal manera que las poblaciones sociales menos favorecidas pertenecientes a los niveles 1, 2 y 3 del Sisbén, y aquella población rural de escasos recursos económicos, puedan acceder de manera gratuita a la educación preescolar, básica y media, sin que para ello tengan que pagar derechos académicos, de manera que se aumenten los índices de escolaridad, se disminuya la deserción escolar y a su vez el analfabetismo en busca del equilibrio social.

En honor a la verdad construida por los estudiosos sociales, no es posible generar igualdad y equidad social si no es efectiva la educación de los más pobres. No es posible una sociedad justa con una educación costosa, la cual está ligada con los ingresos económicos de cada padre de familia y con mayor razón si ese cobro se predica de la pública. La Educación tiene que pasar de ser una garantía para convertirse en una obligación social. Una sociedad que garantiza a sus integrantes la educación y que le facilita todos los medios, autoriza a su gobierno para establecer la educación como la principal obligación que tienen las personas con ellas mismas y con la sociedad a la que pertenecen, pero, también convierte a la educación como una prioridad de ejecución presupuestal.

3.1 Costo de la gratuidad para los niveles 1, 2 y 3 del Sisbén

En atención a los permanentes requerimientos que se le han hecho al Ministerio de Educación Nacional¹², para que suministre información pertinente sobre los costos que tendría la gratuidad en el presupuesto nacional. Para el año 2005, estimó el costo de la gratuidad para los niveles 1 y 2 del Sisbén, el cual, como sistema de identificación de beneficiarios ha permitido focalizar el gasto social en los más pobres a partir de variables estructurales de los hogares.

La metodología adoptada por el MEN, fue extrapolar la encuesta de calidad de vida del 2003 y llevarla a pesos corrientes del 2005. El resultado de la encuesta indicó que existían 7.032.129 personas de niveles 1 y 2 de Sisbén entre 5 y 17 años. De ellos, el 84% asistía a una institución oficial o privada (5.9 millones).

El número total de asistentes de los niveles 1 y 2 del Sisbén a un centro educativo, desde preescolar hasta la media (independientemente de la edad) asciende a 6.2 millones, 5.6 al sector oficial y 568 mil al sector privado. Con un total de no asistentes de 1.1 millones.

Tabla 1

Asistentes y No asistentes de los niveles 1 y 2 del Sisbén (2003)

SISBEN	ASISTENTES		NO ASISTENTES
	Oficial	Privado	
1	1,906,060	113,244	494,021
2	3,734,974	454,465	623,115
Total	5,641,034	567,709	1,117,136

Para estimar el costo de diferentes alternativas de gratuidad para los niveles 1 y 2 de Sisbén, el Ministerio de Educación Nacional desarrolló la siguiente metodología:

1. Anualizó el gasto educativo de los hogares por cada concepto.
2. Estimó la proporción de la población que paga cada concepto en el sector oficial.

3. Estimó el gasto per cápita por estos conceptos, de los que asisten al sector oficial.

4. Estimó el costo actual que asume el sistema educativo por los ingresos que deja de percibir (multiplicado por el per cápita de los que se pagan por el número de los que no pagan).

5. Estimó el costo adicional que representaría la gratuidad para los que actualmente pagan, teniendo en cuenta su gasto actual.

6. Estimó el costo de la gratuidad al incorporar al sistema educativo los que no asisten (per cápita oficial multiplicada por el número de no asistentes).

La tabla 2 muestra, por niveles Sisbén y niveles educativos, el número y proporción de estudiantes que pagan matrículas y pensión¹³.

Tabla 2.

% de personas que pagan derechos académicos (2003)

SISBEN	NIVELES	MATRICULA				PENSION			
		PAGAN		NO PAGAN		PAGAN		NO PAGAN	
		N	%	N	%	N	%	N	%
1	básica	1,172,641	66,3	597,297	33,7	92,494	5,2	1,677,433	94,8
	básica y media	1.277.887	67,0	628,173	33,0	101,793	5,3	1,804,266	94,7
2	básica	2.450.874	74,1	856,123	25,9	269,073	8,1	3,037,924	91,9
	básica y media	2.825.357	75,6	909,617	24,4	332,605	8,9	3,402,369	91,1
TOTAL	básica	3.623.515	71,4	1.453.419	28,6	361,567	7,1	4,715,367	92,9
	básica y media	4.103.244	72,7	1.537.790	27,3	434,398	7,7	5,206,635	92,3

Según lo anterior, en promedio un 72% de los estudiantes de Sisbén 1 y 2 pagan matrícula y un 7% pensión. En la siguiente tabla se presenta el per cápita por año que pagan por estos conceptos.

Tabla 3.

Gasto anual per cápita en matrícula y pensión (\$.corr. y \$ Constante 2005)

Sisben	Niveles	CONCEPTO DE GASTO (2003)			CONCEPTO DE GASTO (2005)		
		Matrícula	Pensión	Total	Matrícula	Pensión	Total
1	básica	25,698	44,82	27,096	28,871	50,354	30,442
	básica y media	28,141	49,001	29,68	31,616	55,051	33,345
2	básica	33,518	84,757	38,587	37,657	95,222	43,352
	básica y media	37,404	93,609	43,324	42,022	105,167	48,673
TOTAL	básica	30,988	74,541	34,939	34,814	83,744	39,253
	básica y media	34,519	83,156	39,175	38,781	93,423	44,012

En educación básica y media, el gasto anual per cápita promedio en matrícula y pensión para los estudiantes de Sisbén 1 es de \$. 33.345; para los de Sisbén 2 es de \$. 48.6.73 y para Sisbén 1 y 2 es de \$ 44.012.

En la tabla anterior, el gasto per cápita total resulta de dividir el gasto de matrícula y pensión, entre el número de personas que pagan ambos conceptos. Debido a que en el sector oficial, menos del 8% de los estudiantes efectúa algún pago por concepto de pensión el gasto per cápita total se encuentra más cercano al gasto por concepto de matrícula.

A partir de esta información puede estimarse el costo que asume el sistema educativo en la actualidad para subsidiar los derechos académicos de los más pobres y el costo adicional en que se debería incurrir al dar ese subsidio la población que lo está pagando.

¹² Respuesta al Senador Germán Hernández Aguilera previo cuestionario del Senado de la República.

¹³ Cabe la pena anotar, que la encuesta pregunta por pagos de matrícula y pensión, los cuales en el sector oficial equivalen a los derechos académicos y a los cobros complementarios (diferidos usualmente a lo largo del año) respectivamente, los cuales, para los padres se asimilan a los primeros.

Tabla 4.**Costo gratuidad para los niveles 1 y 2 del Sisbén (\$ Mill. 2003)**

Sisben	Niveles	Costo actual para el sistema			Costo adicional para el estado			Costo Total
		Matrícula	Pensión	Total	Matrícula	Pensión	Total	
1	básica	15,349	75,183	90,533	30,135	4,146	34,28	124,813
	básica y media	17,678	88,41	106,088	35,961	4,988	40,949	147,037
2	básica	28,696	257,487	286,182	82,149	22,806	104,955	391,137
	básica y media	34,023	318,492	352,515	105,68	31,135	136,815	489,33
TOTAL	básica	45,038	351,487	396,525	112,284	26,951	139,235	535,76
	básica y media	53,083	432,962	486,045	141,641	36,123	177,764	663,809

Tabla 5.**Costo gratuidad para los niveles 1 y 2 del Sisbén (\$ Mill. 2005)**

Sisben	Niveles	Costo actual para el sistema			Costo adicional para el estado			Costo total
		Matrícula	Pensión	Total	Matrícula	Pensión	Total	
1	básica	17,245	84,466	101,711	33,855	4,657	38,513	140,223
	básica y media	19,86	99,326	119,187	40,401	5,604	46,005	165,192
2	básica	32,239	289,278	321,517	92,292	25,622	117,914	439,431
	básica y media	38,224	357,816	396,040	118,728	34,979	153,707	549,748
TOTAL	básica	50,599	394,8885	445,484	126,147	30,279	156,427	601,911
	básica y media	59,638	486,419	546,057	159,13	40,583	199,712	745,770

De acuerdo con las cifras expuestas anteriormente, el costo al año 2005 para el sistema de no pago de matrícula y de pensión de los estudiantes de Sisbén 1 fue de \$ 119 mil millones, de Sisbén 2, de 396 mil millones, para un total de 546 mil millones de pesos.

De asumir el gasto en matrícula y pensión de aquellos estudiantes de Sisbén 1 que actualmente los pagan el costo adicional para el Estado sería al año de 2005 de \$46 mil millones, de \$154 mil millones para Sisbén 2 y de 200 millones para Sisbén 1 y 2.

Así el costo total de la gratuidad en educación básica y media (derechos académicos y cobros complementarios) sumando como referencia el de 2005 por los que no pagan y el que se asumiría al subsidiar a los que pagan sería de \$165 mil millones para estudiantes de Sisbén 1; de \$550 mil millones para Sisbén 2 y de 746 mil millones de pesos para los dos niveles en conjunto.

La tabla siguiente muestra el costo adicional que representa para el Estado el reconocimiento de los derechos académicos de las 1.117 mil personas entre los 5 y los 17 años de edad y de Sisbén 1 y 2 que no se encuentran en el sistema.

Tabla 6.**Costo de la gratuidad para los no asistentes de los niveles 1 y 2 del Sisbén (\$ Corr y \$ const.2005)¹⁴**

Sisben	Niveles	Personas	Costo actual para el sistema			Costo Adicional para el estado		
			Matrícula	Pensión	Total	Matrícula	Pensión	Total
1	básica	326,82	8,399	14,648	23,047	9,436	16,457	25,892
	básica y media	494,021	13,902	24,207	38,11	15,619	27,196	42,815
2	básica	337,714	11,32	28,624	39,943	12,717	32,158	44,875
	básica y media	623,115	23,307	58,329	81,636	26,185	65,531	91,716
Total Básica y media	Básica	664,534	20,592	49,535	70,127	23,135	55,651	78,786
	Básica y media	1,117,136	38,563	92,896	131,459	43,324	104,366	147,690

De asumir el gasto en matrícula y pensión de aquellas personas de Sisbén 1 que no asisten, el costo para el Estado sería de \$ 43. Mil millones; de \$92 mil millones para Sisbén 2 y de \$148 mil millones para Sisbén 1 y 2.

En cuanto al Nivel 3 del Sisbén se podría mencionar que 3.8 millones de estudiantes de este nivel socioeconómicos asisten a un centro educativo (77% a una institución oficial). Así mismo, el número de no asistentes, de acuerdo con los datos de la ECV de 2003 se encuentra en 430 mil.

Tabla 8.**Estudiantes del nivel 3 del Sisbén que pagan derechos académicos y gasto anual per cápita.**

Niveles	Personas que pagan cada concepto				Gasto per cápita			
	Matrícula		Pensión		2003		2005	
	N	%	N	%	Matrícula	Pensión	Matrícula	Pensión
Básica	2,040,605	78,8	263,513	10,2	43,892	162,798	49,311	182,898
Básica y media	2,308,301	79,7	314,587	10,9	47,557	166,289	53,429	186,821

Como es natural, comparando estos datos con los de la tabla 2 se observa un incremento en la proporción de personas que paga matrícula y pensión. Una situación similar se observa al comparar los datos de gasto per cápita.

Con esta información siguiendo la metodología anterior, puede encontrarse el costo anual y el costo adicional en que habría de incurrirse. En las tablas 9 y 10 se presenta esta información en pesos corrientes y en pesos de 2005, respectivamente.

Tabla 9.**Costo de la gratuidad para las personas nivel 3 del Sisbén (\$ mill. 2003)**

Niveles	Costo actual para el sistema			Costo adicional para el Estado		
	Matrícula	Pensión	Total	Matrícula	Pensión	Total
Básica	24,106	378,716	402,822	89,566	42,899	132,466
Básica y Media	27,924	429,173	457,097	109,776	52,313	162,089

Tabla 10.**Costo de la gratuidad para las personas nivel 3 del Sisbén (\$ mill. 2005)**

Niveles	Costo actual para el sistema			Costo adicional para el Estado			Costo total
	Matrícula	Pensión	Total	Matrícula	Pensión	Total	
Básica	27,082	425,476	452,476	100,625	48,196	148,821	601,38
Básica y Media	31,372	482,163	513,514	123,33	58,772	182,102	695,636

De acuerdo con lo anterior, el costo actual para el sistema del no pago de matrícula y pensión de los estudiantes de Sisbén 3 es de \$514 mil millones. De asumir el gasto en matrícula y pensión de aquellos estudiantes de Sisbén 3 que actualmente los pagan el costo adicional para el Estado sería de \$182 mil millones.

De esta forma, el costo total de la gratuidad (derechos académicos y cobros complementarios) para educación básica y media de estudiantes de Sisbén 3 sería de \$696 mil millones.

Para el Gobierno Nacional la prioridad es que todos los niños, niñas y jóvenes de Sisbén 1 y 2 estén siendo atendidos por el sistema educativo. Por tanto, es fundamental seguir focalizando las estrategias de ampliación de cobertura en estos niveles socioeconómicos".

Por qué se propone encadenar la gratuidad de la educación a los niveles 1, 2 y 3 del Sisbén?

El Estado, teniendo en cuenta las restricciones presupuestales propias de un país como el nuestro, viene formulando y adelantando una política unificada de protección especial a la población económicamente más vulnerable, es decir, aquella perteneciente a los niveles 1, 2 y 3 de Sisbén, tanto en salud, vivienda, y otros programas, al punto que ha propuesto presentar a consideración del Congreso de la República, en la presente legislatura, una reforma tributaria incluyendo el instrumento para la devolución del IVA para los productos de la canasta familiar, al nivel 1 y 2 del Sisbén.

¹⁴ Los no asistentes se distribuyeron por niveles educativos de acuerdo con su edad. Para el caso de básica aquellos que tienen entre 5 y 15 años y para el caso de básica y media aquellos con edades entre los 5 y los 17 años.

En consideración, no sólo de las limitaciones presupuestales, sino de lo complicado que puede resultar el montaje e implementación de un sistema de información georreferenciado, para más de 20 millones de personas, que permita tener un control de aseguramiento efectivo, sobre la destinación de recursos para el manejo administrativo de la educación, se hace necesario establecer parámetros mínimos de orden económico y de beneficiarios, de tal manera que tanto la Nación, los Departamentos y Municipios puedan priorizar la destinación de los recursos, partiendo de la población referente a los niveles 1, 2 y 3 del Sisbén, así como la población rural de escasos recursos económicos.

Señores Congresistas, no podemos seguir aplazando decisiones. Hay que remover los obstáculos del desarrollo. Es necesario realizar ajustes a la normatividad existente para que en nuestro país, la educación se convierta en el mejor y más grande vehículo de desarrollo, de cara al mundo globalizado de hoy.

La presente iniciativa sin duda alguna contribuye a disminuir las consecuencias de la falta de acceso al sistema escolar por parte de los sectores de la población que cotidianamente se reflejan en la desintegración social (marginalidad, corrupción, violencia, intolerancia); bajo desarrollo económico (falta de compromiso, desempleo). Situaciones que nos llevan a establecer retos fundamentales que conduzcan a reducir los bajos niveles de escolaridad, a través de la reforma constitutiva en la Educación, buscando una mayor integración social, participación, reconstrucción de esperanza y paz; reconocer la identidad y sus potencialidades, recuperar la dignidad humana, entre otros; con ello estamos convencidos que habrá mayor y mejores oportunidades productivas, ciudadanos autónomos, sensibles y responsables

La sociedad colombiana y sus integrantes no podemos seguir culturalmente atrasadas, de espaldas al desarrollo global. Es inaplazable la decisión y a alguien le corresponde actuar; en este caso es al Legislativo, con el fin de eliminar las barreras que obstaculizan nuestro progreso y propiciar espacios generadores de condiciones favorables para que se dé este proceso educativo.

Con la presente argumentación, presento a consideración del Congreso de la República el presente proyecto de ley.

Atentamente,

Carlos Enrique Soto Jaramillo,
Representante a la Cámara,
Departamento de Risaralda.

SENADO DE LA REPUBLICA

Secretaría General (Art. 139 y ss. Ley 5ª de 1992)

El día 17 del mes de agosto del año 2006 se radicó en este Despacho el Proyecto de ley número 87, con todos y cada uno de los requisitos constitucionales y legales, por el honorable Representante *Carlos Enrique Soto Jaramillo*.

El Secretario General,

Emilio Otero Dajud.

SENADO DE LA REPUBLICA

SECRETARIA GENERAL

Tramitación de Leyes

Bogotá, D. C., 17 de agosto de 2006

Señora Presidenta:

Con el fin de que se proceda a repartir el Proyecto de ley número 87 de 2006 Senado, mediante la cual se adiciona en inciso al artículo 183 de la Ley 115 de 1994, me permito pasar a su despacho el expediente de la mencionada iniciativa que fue presentada en el día de hoy ante Secretaría General. La materia de que trata el mencionado proyecto de ley es competencia de la Comisión Sexta Constitucional Permanente, de conformidad con las disposiciones reglamentarias y de ley.

El Secretario General honorable Senado de la República,

Emilio Otero Dajud.

PRESIDENCIA DEL HONORABLE SENADO DE LA REPUBLICA

Bogotá, D. C., 17 de agosto de 2006

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

Cúmplase.

La Presidenta del honorable Senado de la República,

Dilian Francisca Toro Torres.

El Secretario General del honorable Senado de la República,

Emilio Otero Dajud.

* * *

PROYECTO DE LEY NUMERO 89 DE 2006 SENADO

por la cual se modifica el inciso 1º del artículo 27 del Decreto número 1421 de 1993 “Por la cual se dicta el Régimen Especial para el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá”.

El Congreso de la República de Colombia

DECRETA:

Artículo 1º. El artículo 27 del Decreto número 1421 de 1993 quedará así:

“Artículo 27. Requisitos. Para ser elegido Concejal se requiere ser ciudadano en ejercicio y haber residido en la ciudad durante los dos años anteriores.

Los Concejales no tendrán suplentes. Las vacantes originadas en sus faltas absolutas serán llenadas por los candidatos no elegidos en la misma lista según el orden sucesivo y descendente de inscripción”.

Artículo 2º. Vigencia y derogatoria. La presente ley rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga las disposiciones que le sean contrarias.

Miguel Pinedo Vidal,

Senador de la República.

EXPOSICION DE MOTIVOS

Situación actual y problemáticas sobre la calidad relativa a la edad para ejercer el derecho político a ser elegido concejal en el distrito capital.

Como primera medida debe partirse de lo que tradicionalmente se ha entendido por derechos políticos, es decir, aquellos derechos otorgados por la Constitución o leyes fundamentales de los Estados en relación con las funciones públicas y que son inherentes a la calidad o condición de ciudadano (“Derechos políticos”, en G. Cabanellas, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, T. III, Buenos aires, Heliasta, p. 155) o como:

(...) “todas aquellas formas de participación y defensa de las decisiones políticas de la sociedad que nos permiten obrar reconocidamente como seres autónomos y autointeresados” (José Reinel Sánchez, *¿Existen los derechos políticos?*, en <http://www.ilustrados.com/publicaciones/EpyyZkEVZAHQmQRrQW.php#EXIST>).

Es de tener en cuenta que la protección de los derechos políticos mantiene el equilibrio jurídico y que la mayoría de las Constituciones reconocen entre estos derechos el de elegir y ser elegido. Colombia no es ajena a esta circunstancia reconociéndolo a través del artículo 40 de la Constitución Política de 1991.

Constitución Nacional de 1991 artículo 40.

“Artículo 40. Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede:

1. Elegir y ser elegido.

2. Tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática.

3. *Constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna; formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas. (...)*

7. *Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse”.*

Los derechos políticos están muy ligados con el derecho a la igualdad, el derecho a la no discriminación y con el derecho al trabajo. En consecuencia, la posibilidad que se otorgue a todos los ciudadanos para que gocen de ellos de manera plena, permitirá incluso que se pueda acceder a mejores condiciones de vida, en cuanto estos ciudadanos podrán influir en las más importantes decisiones del gobierno y su ejercicio pleno hará posible que se mantenga el respeto por los derechos sociales y económicos.

La concepción del mundo moderno ha llegado hasta considerar los derechos políticos como *Derechos Humanos*. En efecto, ha sido considerado como un ideal para los estados según la Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de la ONU en 1948 (H. Santa Cruz, *Estudio sobre la discriminación en materia de derechos políticos*, Naciones Unidas, Nueva York, 1962, p. 1) y en Colombia también los derechos políticos han sido reconocidos como *derechos fundamentales* a través de la Constitución Nacional, manteniendo de esta manera una clara tendencia hacia la concepción un Estado con posiciones modernas.

Esta orientación aparece entonces acorde con las Cartas Internacionales de Derechos Fundamentales como lo son:

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de la ONU en 1948 que consagró en su artículo 21 el derecho de toda persona a participar en el gobierno (elegir y ser elegido) en condiciones de igualdad, en tanto que la voluntad del pueblo es la autoridad del poder público.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 21:

“Artículo 21.

1. *Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos.*

2. *Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país.*

3. *La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público;” (...).*

Los derechos políticos se convierten entonces en el mejor medio para lograr todos los demás derechos y libertades. En consecuencia, poner fin a su discriminación resulta ser el modo más eficaz para contribuir a la eliminación de las demás formas de discriminación y para coadyuvar a que todas las personas gocen de los Derechos Humanos y libertades fundamentales, los cuales resultan protegidos a través de la Declaración Universal –artículos 2° y 7°– (H. Santa Cruz, *Estudio sobre la discriminación en materia de derechos políticos*, cit., p. 2). Este es también el sentido de la Constitución Nacional de 1991 que a través de su artículo 13 propugna la igualdad y la no discriminación.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículos 2° y 7°:

“Artículo 2°:

1. *Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”.* (...)

“Artículo 7°:

Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”.

Constitución Nacional de 1991 artículo 13.

“Artículo 13. *Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.*

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados”.

Es preciso enfatizar que la no discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica de que habla nuestra Constitución y que constituye el contenido del derecho a la igualdad, al momento de ser interpretado de manera sistemática con los derechos políticos, debe tenerse en cuenta que dicho contenido no constituye una lista limitativa sino tan solo enunciativa o ilustrativa de los motivos de discriminación. Este es el sentido que se da en la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* (Art. 21) y el que debe darse a la Constitución de 1991, pues está en su mismo preámbulo señala como fines “fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz”.

El derecho a la no discriminación conlleva la prohibición de hacer distinciones o exclusiones desfavorables contra las personas y la de otorgar preferencias indebidas a los individuos. (H. Santa Cruz, *Estudio sobre la discriminación en materia de derechos políticos*, cit., p. 3).

Sin embargo, los derechos políticos pueden ser limitados a discreción del legislador, pero dichas limitaciones deben fundamentarse en aquello que sea proporcional y razonable, es decir, en lo que debe ser conveniente o adecuado, y al tiempo correcto y justo para todos los ciudadanos y en todo caso sin arbitrariedad (Corte Constitucional C- 130/94).

En efecto, las limitaciones a los derechos políticos son justificables si tienen como único fin asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás y satisfacer las justas exigencias de la moral, el orden público y el bienestar general de la sociedad democrática. Sin embargo, ello resulta difícil precisar en tanto es posible que pueda producirse una interpretación amplia discriminatoria, por lo tanto, se ha considerado como límite a la discriminación y limitación de los derechos políticos la tendencia a su supresión o al ejercicio libre de ellos. Con esta limitante se pretende garantizar una mayor libertad en el goce de los Derechos Humanos.

La discriminación de los derechos políticos puede ser directa o indirecta y la forma más grave se presenta cuando a través de la misma ley se establece alguna discriminación a una parte de la población, como por ejemplo la exclusión de miembros de listas electorales, ya que de este modo se lograría que las elecciones perdieran su sentido de ser expresión auténtica de la voluntad popular, las masas de electores no podrían con estas serias limitaciones a los derechos políticos, elegir los representantes que a ellos interesan y ante los cuales los elegidos deban responder.

En la actualidad, la regla normal casi universal es que los individuos participen en el gobierno. (H. Santa Cruz, *Estudio sobre la discriminación en materia de derechos políticos*, cit., pp. 5 a 9). En efecto, el derecho que tiene toda persona a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas, entraña el acceso a los cargos públicos electivos; se trata de un derecho político estrechamente ligado al derecho al trabajo (Art. 25 C. N.) y al derecho a escoger libremente profesión u oficio (Art. 26 C. N.), dado que las funciones públicas son parte en general de lo que se denomina empleo público y dentro de este la decisión o escogencia libre de querer ser concejal.

Por lo tanto, desde el punto de vista del derecho a la igualdad en el acceso a los cargos públicos electivos, conllevaría a una clara discriminación si por cualquier condición llega a limitarse este libre acceso. Sin embargo, es preciso señalar que dicho acceso podrá ser sometido a ciertos criterios, los cuales solo pueden relacionarse con la experiencia, aptitudes, competencia o capacidad; en consecuencia, por fuera de estos ámbitos no es admisible ningún tipo de discriminación. (H. Santa Cruz, *Estudio sobre la discriminación en materia de derechos políticos*, cit., pp. 15 y 16).

Constitución Nacional de 1991 artículos 25 y 26.

“Artículo 25. El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas”.

“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 un riesgo social”. (...)

Para combatir la discriminación de los derechos políticos, en muchos países además de las asociaciones femeninas y de jóvenes, se recurre a que el principio de *la igualdad*, como *principio básico de la no discriminación*, sea aplicado a través de medidas legislativas o judiciales que adopten mecanismos expresa y directamente encaminados a la protección de los derechos políticos de determinados elementos (por ejemplo, los jóvenes y las mujeres). Esa es precisamente la finalidad del artículo 3° de la Constitución, por el cual se pretende garantizar la no discriminación y la igualdad ante la ley.

Si bien podría pensarse que existe alguna discriminación en tema de derechos políticos, en la actualidad esta es de muy rara ocurrencia y el objetivo es procurar eliminarlas mediante reformas a tiempo, pues como en muchas experiencias históricas el pueblo podría, en un momento dado, verse en la necesidad de ejercer su derecho innato de resistencia a la opresión. (H. Santa Cruz, *Estudio sobre la discriminación en materia de derechos políticos*, cit., p. 52).

El presente proyecto busca facilitar la participación de todos los nacionales en el gobierno del país y en especial en el gobierno de la capital de la República, con la finalidad de garantizar y asegurar la evolución progresiva de un gobierno verdaderamente representativo en el Distrito Capital, tal como existe en los demás distritos y municipios del país, y con el fin último de limitar el alcance que en el momento actual tiene la discriminación del derecho político a ser elegido concejal del Distrito Capital de Bogotá, a través del actualmente vigente artículo 27 del Decreto 1421 de 1993, cuya reforma es objetivo del presente proyecto.

Se pretende que el poder legislativo aplique y garantice los principios constitucionales establecidos en relación con la materia objeto de debate y en especial el derecho a la igualdad y no discriminación (Art. 13); el derecho al trabajo y a escoger profesión u oficio (Arts. 25 y 26); el derecho político a ser elegido (Art. 40 inc. 1°) con base en la calidad de ciudadano de que habla el artículo 99 C. N. Todo ello con la finalidad de derogar una legislación anacrónica que por sus efectos puede considerarse discriminatoria.

Constitución Nacional artículo 99.

“Artículo 99. La calidad de ciudadano en ejercicio es condición previa e indispensable para ejercer el derecho de sufragio, para ser elegido y para desempeñar cargos públicos que lleven anexa autoridad o jurisdicción”.

Las legislaciones del mundo procuran cada vez reformar sus leyes electorales con la finalidad de *abolir la dualidad de regímenes electorales* a efecto de que todos los ciudadanos puedan ejercer sus derechos políticos, contribuyendo a suprimir la discriminación en materia de derechos políticos (H. Santa Cruz, *Estudio sobre la discriminación en materia de derechos políticos*, cit., p. 53), sin embargo, en nuestro país aún subsiste esta discriminación en materia de derechos políticos a causa de la dualidad de regímenes –respecto al *requisito de la edad*– para la elección de concejales en Bogotá y el resto del país

Si bien, como se analizará más adelante, a través de la vía judicial se intentó en alguna oportunidad buscar la declaratoria de inconstitucionalidad del mismo artículo 27 del Decreto 1421 de 1993 –en cuanto al límite de edad–, por considerarse discriminatoria y contraria el principio de igualdad, la solución dada por la Corte Constitucional fue una sentencia inhibitoria que ninguna respuesta trajo al citado problema. Por lo tanto, agotada como ha sido la vía judicial, es preciso que el legislativo se pronuncie eliminando del ordenamiento jurídico estas normas que atentan contra la Constitución y resultan discriminatorias de derechos políticos.

Es precisamente la preocupación planteada y la falta de una posición clara en beneficio de los ciudadanos lo que inspira el presente proyecto de reforma del artículo 27 del Decreto 1421 de 1993 –en cuanto al límite de edad–, pues una norma que injustificadamente discrimine los derechos políticos *no debe ser eficaz*. A diferencia de épocas pasadas en las que los gobiernos se inclinaban por establecer condiciones muy estrictas para aquellos nacionales que pretendían ocupar cargos públicos electivos, *la tendencia moderna es reducir al mínimo* los posibles motivos de incapacidad y promover en las leyes la mayor igualdad posible de oportunidades de acceso a los cargos públicos electivos. En efecto, muchos gobiernos garantizan en sus constituciones y leyes, que todos los nacionales *sin discriminación* tendrán igualdad de acceso a los cargos públicos electivos. Generalmente, todo lo que hoy día se exige de un candidato a un cargo público electivo es que reúna los mismos requisitos para ser elector en su propia circunscripción. Sin embargo, aunque en algunos casos se establece una edad mínima superior a la necesaria para ejercer el derecho a sufragio –como cuando se establece que se requiere cierta edad para ser elegido Senador o Representante a la Cámara– dado que se considera necesaria cierta madurez para el desempeño de determinados cargos, existe sin embargo una tendencia a reducir esa edad (H. Santa Cruz, *Estudio sobre la discriminación en materia de derechos políticos*, cit., p. 55 y 63).

Amparado en esta tendencia, el **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos celebrado entre los países miembros de la ONU** en New York, aprobado por la Asamblea General el 16 de diciembre de 1966 y en vigor desde 1976, en los artículos 3°, 2°, 25 y 26 establece sobre el tema lo siguiente:

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966

“Artículo 3°:

Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto”.

“Artículo 2°:

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter” (...)

“Artículo 25:

Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2°, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades:

a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;

b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores;

c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país”.

“Artículo 26:

Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

Como puede observarse, desde el año 1966 en el ámbito internacional se confirmó la idea de garantizar el ejercicio de los derechos políticos a elegir y *ser elegidos*, a todos los ciudadanos, sin más límites que el de la ciudadanía a fin de garantizar la libre expresión de los electores.

Con relación al tema de los Derechos Humanos, el **Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma, el 4 de noviembre de 1950**, por los gobiernos signatarios, miembros del Consejo de Europa, consagra el principio de su no discriminación, en tal sentido propende por el goce de los derechos sin ninguna situación que los prohíba. En los artículos 1° y 14 se estableció lo siguiente:

Convenio de Roma de 1950

“Artículo 1°. Reconocimiento de los Derechos Humanos.

Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título 1 del presente Convenio”.

Y dentro del Título 1, el artículo 14 consagra:

Convenio de Roma de 1950

“Artículo 14. Prohibición de discriminación.

El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”.

Retomando los tratados y acuerdos internacionales en tema de derechos políticos, por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia especializada interamericana sobre Derechos Humanos, celebrada en 1969 por los países miembros de la OEA en San José de Costa Rica, también conocida como **Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)**, la cual fue ratificada por Colombia, establece:

Pacto de San José. Artículos 1° y 23

“Artículo 1°. Obligación de respetar los Derechos.

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. (...)

“Artículo 23. Derechos Políticos.

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

a) De participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;

b) De votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y

c) De tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal”.

Como se observa, la tendencia seguida desde el año 1948 de manera acertada se sigue emitiendo con fuerza, concretamente el hecho que los Derechos Humanos no deben estar sometidos a ningún tipo de discriminación o condición, y en especial el derecho político a ser elegidos.

Finalmente, la **Carta de Niza del 7 de diciembre de 2000**, conocida como la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión (publicada en D.O C 364/1), al referirse al derecho a la igualdad y los que derivan de la ciudadanía, consagró lo siguiente:

Carta europea de los derechos fundamentales de Niza, artículos 21 y 40.

“Artículo 21. No discriminación

1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes Étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual”. (...)

“Artículo 40. Derecho a ser elector y elegible en las elecciones municipales.

Todo ciudadano de la unión tiene derecho a ser elector y elegible en las elecciones municipales” (...).

Por todo lo anterior, el legislador nacional al reglamentar las *calidades para ser elegido concejal*—a través del artículo 42 de la Ley 136 de 1994—, estableció acertadamente y de manera genérica tales calidades, aplicables para todos los municipios del país, sin más límite que el de ser ciudadano, calidad esta que se adquiere al cumplir la mayoría de edad (18 años). Este criterio adoptado por nuestro legislador resultaba acorde a la tendencia moderna establecida internacionalmente desde el año de 1948 y ratificada en los años siguientes (1966, 1969 y 2000), el cual no propiciaba arbitrariedades, por su carácter de conveniente y razonable.

Artículo 42, Ley 136 de 1994

“Artículo 42. Calidades. Para ser elegido concejal se requiere ser ciudadano en ejercicio y haber nacido o ser residente del respectivo municipio o de la correspondiente área metropolitana durante los seis (6) meses anteriores a la fecha de la inscripción o durante un período mínimo de tres (3) años consecutivos en cualquier época.

Parágrafo. Para ser elegido concejal de los municipios del departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina se requiere además de las determinadas por la ley, ser residente del departamento conforme a las normas de control de densidad poblacional y tener residencia en la respectiva circunscripción por más de diez (10) años cumplidos con anterioridad a la fecha de la elección”.

Esta norma se estableció además por el Congreso como aplicable tanto para los Distritos Especiales de Santa Marta, Cartagena y Barranquilla, como para los demás municipios, estableciendo como límite único para ser elegido con respecto a la edad, tan solo el de ser ciudadano en ejercicio. Tal calidad obedece a fines éticos como un simple requisito jurídico, sin que se pueda interpretar como una prohibición [M. González, *Nuevo régimen municipal*, Medellín, Dike, 1994, p. 59], pues lo razonablemente y conveniente es que los elegidos a la dignidad más cercana a los intereses de la primera división territorial a nivel nacional como lo son los municipios, estén representados por personas elegidas por voto popular, con las mismas calidades que sus electores.

Los Distritos también son municipios y gozan de un régimen especial de acuerdo a lo ordenado por la Constitución. En ejercicio de ello, por voluntad del legislador se emitió la Ley 768 de 2002, con la finalidad de regular entre otros el Régimen Político de los Distritos Especiales de Santa Marta, Cartagena y Barranquilla, norma en la cual el legislador nacional consideró conveniente mantener inalterable el régimen sobre las calidades para ser elegido concejal en tales distritos, en beneficio de los derechos políticos de los ciudadanos, de la igualdad de los mismos, manteniendo de ese modo un equilibrio jurídico en cuanto al ejercicio de los derechos políticos ya regulados por el artículo 42 de la Ley 136 de 1994.

El libre ejercicio de los derechos políticos y entre estos el de elegir y ser elegidos no puede ser quebrantado de manera irracional o inconveniente ni contrariando el derecho a la igualdad (Corte Constitucional C-089/94).

De otra parte los límites al ejercicio de los derechos y libertades solo pueden ser limitados por razones de orden público a fin de mantener el bienestar general (Corte Constitucional SU-476/97).

Es indiscutible como *el alcance de los derechos políticos* se ha ampliado considerablemente en los últimos años, eliminándose de manera gradual muchas restricciones y discriminaciones. Por ejemplo, las antiguas

restricciones por motivo de sexo o religión, hoy día aparecen abolidas, como expresión del avance hacia la supresión de la discriminación de los derechos políticos.

La falta de participación de todos los ciudadanos en los derechos políticos prohíbe a las personas poder fiscalizar la política o al personal del gobierno, y, además, genera la imposibilidad de que les sean reconocidos otros Derechos Humanos, inclusive de carácter económico, social y cultural.

Lo que realmente garantiza *la dignidad de la persona humana* es la totalidad de los Derechos Humanos, es por ello que se insiste en la inseparable relación entre el goce de los derechos políticos y el de los derechos económicos (Art. 58 C. N.), sociales (Arts. 42, 44, 48, 49, 50 C. N.) y culturales (Arts. 70 a 72 C. N.) (D. Younes, *Derecho Constitucional Colombiano*, Bogotá, ed. Gustavo Ibáñez 2004, pp. 186 a 194); lo que hace necesario ampliar la base democrática del país, con la finalidad de elevar el nivel de vida común de las personas que se logra brindando una igualdad de oportunidades para todos. En otras palabras, gozar plenamente de los derechos y libertades humanas, supone una protección suficiente del ejercicio de los derechos políticos, pues su limitación de goce es además una discriminación al goce de los derechos económicos, sociales y culturales necesarios para la dignidad humana (H. Santa Cruz, *Estudio sobre la discriminación en materia de derechos políticos*, cit., pp. 94 a 96).

En este orden de ideas, en el momento actual, no se logra encontrar un fundamento válido que explique los motivos por los que el Presidente de la República (cuando fue investido de las facultades para expedir la norma hoy objeto de discusión), haya procedido a colocar como límite de edad para ser elegido Concejal de Bogotá, la de 25 años, norma en manera preponderante fuerte y arbitraria se pronunció en contra del sentido de los tratados y convenios internacionales sobre Derechos Humanos, limitando de manera unilateral los derechos políticos de los ciudadanos a ser elegidos concejales de Bogotá.

El Ejecutivo, al establecer como requisito un límite de edad superior a aquel que desde el año 1994 en Colombia se había establecido (18 años), igualó de manera inconveniente y sin una justificación adecuada la edad para ser elegido concejal de Bogotá con aquella edad que la Constitución de 1991 establece para ser elegido representante a la Cámara (25 años). En efecto, el constituyente consideró a través del artículo 177 que para ser elegido Representante a la Cámara se requería un requisito adicional al de ser ciudadano en ejercicio, constituido por un límite de edad, el cual si bien es permitido ello obedeció a un criterio de *razonabilidad y proporcionalidad*, considerando que por la importancia del cargo, se requerían mayores calidades y *experiencia* para representar los intereses de los ciudadanos a nivel nacional, pues generalmente el ciudadano que inicia su carrera en la vida política, antes de llegar al Congreso de la República agota la experiencia que le puede procurar el desempeño de los cargos de concejal o diputado. De ahí que no se comparta el consagrado para ser concejal de Bogotá, un requisito de edad distinto al del resto de concejales de todo el país; requisito de edad además diferente a aquel que corresponde a todo ciudadano para ejercer sus derechos políticos de elegir y ser elegido (Art. 99 C. N.).

No resulta ser *justo* que para ocupar el cargo de concejal del Distrito Capital, los requisitos de edad sean equiparados a aquellos para ser elegido Representante a la Cámara. En verdad, ya en los argumentos de la Sentencia de la Corte Constitucional C-1412 de 2000, la Federación de Municipios había sostenido que lo correcto era que, por la importancia de la dignidad de Senador o Representante, la ley fuera mucho más estricta que cuando se tratara de elegir Concejales o incluso Alcaldes. Criterio este que también fue apoyado por el concepto del Procurador General de la Nación cuando sostuvo en el mismo proceso (Sent. C-1412/00) que *“no se puede pensar que exista un régimen unificado para congresistas, alcaldes y concejales, cuando la misma Constitución ha establecido la diferencia”*.

En similar sentido se pronunció la Corte Constitucional al estatuir:

(...) *Los derechos políticos entre los cuales se encuentran el de ser elegido, el de desempeñar cargos públicos ... están en cabeza de los*

nacionales, quienes los pueden ejercer únicamente a partir de la adquisición de la ciudadanía (Corte Constitucional C-275/96).

Sin desconocer que el Concejo constituye la escuela básica del liderazgo social y político, permitiendo que el candidato desde la localidad piense en los intereses colectivos de la comunidad a favor de las esperanzas, problemas y anhelos de las gentes [A. Manrique, *Introducción en C. Quinceno, Normas constitucionales y legales aplicables al concejal*, Medellín, Dike, 2001, pp. 30 y 31], con el presente proyecto se pretende reestablecer una *igualdad real y no solo formal* de todos los ciudadanos que estén en capacidad de elegir y ser elegidos, ofreciendo de manera razonable que todos los ciudadanos encuentren oportunidades reales que les permitan respetar de manera unánime las reglas de la democracia.

Además, es de recordar que la Corte Constitucional en el citado fallo C-1412/00 hizo mención al hecho que:

(...) *“En reiterada jurisprudencia como son las Sentencias C-194/95, C-231/95, C-329/95, C-373/95, C-151/97, C-618/97, C-483/98 y C-209/00 se ha señalado que de conformidad con los artículos 150-23 y 293 de la Constitución, el Legislador goza de una amplia discrecionalidad para definir el régimen de calidades, inhabilidades e incompatibilidades de los funcionarios de elección popular de las entidades territoriales”* (...).

(...) *“El Legislador, por expreso mandato constitucional, dispone de plena libertad, independencia y autonomía para determinar los parámetros, criterios y reglas a seguir en cuanto a la definición de alguna de las materias que le corresponde reglamentar, como es el caso del régimen para la elección y el ejercicio de la función de alcalde, gobernador, concejal o diputado. ‘Sentencia C-329/95. Igualmente ha indicado que cuando el Congreso ejerce dicha atribución, limitando o reglamentando el acceso a los citados cargos, no se ve afectado el derecho a la participación política, pues se trata, simplemente, de la fijación de límites razonables a la participación, en aras de proteger el interés general Sentencias C-194/95 y C-618/97, entre otras. Lo anterior, se entiende en razón de que las personas elegidas para desempeñar un cargo público deben pretender la satisfacción de los intereses de la comunidad y, para tal fin, se debe asegurar el idóneo cumplimiento de sus funciones con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficiencia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (C.P. art. 209)’*.

(...) *‘Las calidades positivas o negativas que consagre la ley, deben guardar la debida razonabilidad y proporcionalidad con los fines perseguidos por el legislador al señalarlas y no pueden significar un sacrificio injustificado del derecho de todo ciudadano a acceder a los cargos públicos Sentencias C-194/95 y C-618/97, entre otras’*.

(...) *‘Como ya fue mencionado, es inherente a la función del legislador establecer el régimen de las inhabilidades e incompatibilidades de los servidores públicos, así como los requisitos para ejercer los distintos cargos de elección popular. Al diseñar tal régimen, el legislador tiene un amplio margen de configuración normativa. No obstante, cualquier requisito que se establezca debe guardar la debida razonabilidad y proporcionalidad con la naturaleza del cargo y con los fines perseguidos’*.

(...) *‘En suma, el legislador no puede limitar de manera irrazonable, arbitraria o desproporcionada el derecho de los ciudadanos a elegir y ser elegidos’*.

(...) *‘El legislador, sólo tiene como límite para señalar las circunstancias que impiden o imposibilitan que una persona sea elegida para desempeñar los cargos públicos de elección popular en los entes territoriales, lo establecido por la misma Constitución o los que resulten abiertamente irrazonables, desproporcionados o arbitrarios. Por lo tanto, puede consagrar aquellas restricciones que persigan la prevalencia de los intereses generales y los principios de igualdad, moralidad y la imparcialidad’* (...).

Por lo tanto, justo resultaría en cambio equiparar los requisitos para ser concejal de los cuatro Distritos, a favor del derecho a la igualdad y los demás derechos tantas veces citados en esta exposición de motivos. Pues no se ve una razón clara por la que para tres Distritos (Santa Marta, Barranquilla y Cartagena), el poder legislativo mediante ley especial haya dejado, en cuanto a derechos políticos, los mismos requisitos que corresponden a todo municipio; y al contrario, mediante decreto emitido

en ejercicio de facultades extraordinarias y por una vez, se hayan establecido límites mayores para su goce en cuanto al Distrito Capital.

Artículo 27, Decreto número 1421 de 1993:

“Artículo 27. Requisitos. Para ser elegido Concejal se exigen los mismos requisitos que para ser Representante a la Cámara y haber residido en la ciudad durante los dos años anteriores.

Los Concejales no tendrán suplentes. Las vacantes originadas en sus faltas absolutas serán llenadas por los candidatos no elegidos en la misma lista según el orden sucesivo y descendente de inscripción”.

Artículo 177. Constitución Nacional:

“Artículo 177. Para ser elegido representante se requiere ser ciudadano en ejercicio y tener más de veinticinco años de edad en la fecha de la elección”.

Debe dejarse en claro que este proyecto no desconoce en manera alguna que el Distrito Capital tiene un régimen especial, como lo ordena la Constitución en su artículo 322 inciso 2° y que por ello el presidente de la época, en uso de las facultades extraordinarias que le profirió el artículo 41 transitorio de la Constitución, emitió el Decreto número 1421 de 1993, pronunciándose incluso sobre los requisitos para ser concejal; pero es de tener en cuenta que la misma Constitución en el inciso 2° del artículo en mención, somete el Distrito a las demás leyes especiales que para el mismo se dicten en las disposiciones vigentes para los municipios (Ley 136/94), las que consagraron la voluntad del legislador nacional referida a que los derechos políticos para ser elegido concejal, estuvieran demarcados por los 18 años de edad (Art. 42 inc. 1° Ley 136 de 1994).

En efecto, cuando de manera similar al Acto Legislativo número 1 de 1993 que organizó a la ciudad de Barranquilla como Distrito Especial Industrial y Portuario estableció (de manera similar al artículo 322 inc. 2°) en el inciso 2° del artículo 1° del citado Acto, que el régimen político del Distrito sería el que determinarían además de la Constitución, las leyes especiales y las normas vigentes para los municipios; así pues, en cuanto a derechos políticos serían aplicables los artículos 99 de la C. N., y artículo 42 de la Ley 142 de 1994.

Artículo 99, Constitución Nacional:

“Artículo 99. La calidad de ciudadano en ejercicio es condición previa e indispensable para ejercer el derecho al sufragio, para ser elegido y para desempeñar cargos públicos que lleven anexa autoridad o jurisdicción”.

La Ley 768 de 2002 que profirió el Congreso para regular el Régimen Político de los Distritos Especiales (Santa Marta, Barranquilla y Cartagena), no mencionó nada con relación a las calidades para ser elegido concejal. Esta ley regula el régimen que el mismo artículo 328 ordenaba se mantuviera para los Distritos Especiales de Cartagena y Santa Marta, los cuales junto con el Distrito Capital aparecen dentro del mismo Capítulo 4 del Título XI de la C. N. titulado “Régimen Especial”. En efecto, el artículo 2° de la Ley 768 de 2002 establece que a los Distritos Especiales se aplicarán las normas especiales de preferencia a la Ley General sobre los Municipios, la cual se empleará para llenar los vacíos que la ley especial presente al no regular algunos eventos o al no remitir expresamente a normas aplicables a otras entidades territoriales como podría ser el Distrito Capital. Por lo tanto, para ser elegido concejal, se aplicará a los Distritos Especiales el artículo 42 de la Ley 136 de 1994.

Como se señaló en apartes anteriores, desde la promulgación del Decreto 1421 de 1993, “por el cual se dicta el Régimen Especial para el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá”, su artículo 27 fue puesto en tela de juicio a través de una demanda de inconstitucionalidad, en la cual el actor argumentó que el inciso 1° –objeto de reforma en el presente proyecto–, violaba los artículos 13, 16, 26, 40, 98, 99, 133 y 323 de la C. N., pues consideraba que al establecerse los 25 años como límite de edad para ejercer los derechos políticos a ser elegido por voto popular en el Concejo, se atentaba contra el derecho a la igualdad, pues en las demás ciudades la edad para ser elegido concejal era de 18 años; en consecuencia, el artículo 27 del Decreto 1421 de 1993 resultaba discriminatorio al atentar contra la libertad de los jóvenes de escoger el oficio de concejal antes de los 25 años de edad (Art. 26 C. N.), acceder antes de los 25

años a la participación ciudadana (Art. 45 C. N.), además contrario al artículo 133 C. N. Según el actor, la Constitución es la única que puede establecer los límites de edad en cuanto a derechos políticos.

La defensa de la norma asumida por la Alcaldía de Bogotá, el Ministerio del Interior y la Procuraduría coincidieron en solicitar a la Corte Constitucional declararse inhibida, como en efecto lo hizo, en razón del conflicto de competencias que se presentaba frente al Consejo de Estado, el cual había sido resuelto por el Consejo Superior de la Judicatura a favor del este último.

Entre los argumentos de la defensa resulta discutible, en primer lugar, el planteamiento presentado por la Alcaldía de Bogotá, por el cual sostiene que la C. N. dejó en la ley la posibilidad de definir las calidades especiales para ser concejal de Bogotá. Y resulta discutible pues si bien el artículo 323 no especificó que se tratara de calidades especiales para ser concejal, no se ve por qué el legislador lo deba hacer, pues la C. N. sólo autorizó al Presidente a través del artículo 41T para que se emitiera el Régimen Especial para el Distrito de Bogotá y las calidades han podido ser las que en la Ley 136 de 1994 se han establecido para los todos los concejales, en cuanto a la edad de 18 años que es el requisito constitucional para poder acceder a cargos de elección popular de manera general.

En apoyo a esta discusión también el artículo 298 C. N. consagra que la ley, teniendo en cuenta la Constitución, determinará las calidades para ser concejal, por ello no resulta acertado compartir el criterio del Ministerio del Interior según el cual, en defensa de la Constitucionalidad de la norma, las calidades o requisitos para ser concejal podían ser limitados con edades mayores a las que la Constitución establece de manera general para ejercer derechos políticos.

Infortunadamente, aunque no hubo una pronunciación de fondo por parte de la Corte Constitucional sobre el problema jurídico planteado en la demanda y la defensa con relación a si era o no constitucional el límite (de edad) establecido a los derechos políticos por el artículo 27 del Decreto 1421 de 1993, por cuanto la Corte mediante la citada Sentencia C-1438 de 2000 Expediente D-3088, tan sólo se pronunció inhibiéndose a fallar de fondo, en importante salvamento de voto se sostuvo que el Régimen Político del Distrito competía a la ley conforme los postulados de la Constitución, la ley especial y las normas sobre los municipios artículos 322 y 312 C. N.

Con posterioridad, también el Consejo de Estado se pronunció en el sentido de desestimar una acción de nulidad por inconstitucionalidad que se adelantó contra todo el inciso 1° del artículo 27 del Decreto 1421 de 1993, en el que quedaba incluido el requisito de los 25 años de edad para ser elegido concejal. Y desestimó denegando la pretensión con fundamento en que el ejecutivo así lo había establecido discrecionalmente. (CE Sala Plena Sent. 11001-03-24-000-2000-6454-01(AI-2-6454) del 4 de diciembre de 2001).

No obstante esta decisión, es de tener en cuenta que la demanda, en este caso, se presentó con base en fundamentos muy similares a los de la demanda que conllevaría a la Corte Constitucional a emitir la Sentencia C-1438 de 2000 arriba analizada. Sin embargo, en la sentencia del Consejo de Estado, se consideró en cambio que Bogotá tenía un régimen político especial elaborado por el ejecutivo, y que como correspondía a la ley determinar su régimen político, así sería.

Pero es de tener en cuenta que ello no resulta conveniente ni razonable al legislador nacional (Congreso), como quiera que a la época en que se presentó la demanda de nulidad ya el Acto Legislativo 1 de 1993 establecía en el inciso 2° del artículo 1°, con similares términos a los establecidos para el régimen del Distrito Capital, que en cuanto al Régimen Político del Distrito Especial de Barranquilla, también correspondería a la ley establecerlo y que así se haría por el legislador (Congreso), lo cual en efecto se hizo en beneficio de los tres distritos, estableciendo como requisito de edad para ser elegido concejal el que se requiere para ser ciudadano, es decir, 18 años, tal como también aparece regulado para todos los municipios del país a través de la Ley 136 de 1994 artículo 42, régimen político que igualmente es aplicable a ciudades importantes como Cali y Medellín.

El argumento sostenido en las dos sentencias antes mencionadas y en especial el del Consejo de Estado, no resulta conveniente por cuanto la facultad para establecer el régimen de las calidades de los funcionarios públicos, ha sido regulado por el Congreso para los demás municipios del país, incluyendo los otros tres Distritos Especiales, a través del artículo 42 de la Ley 136 de 1994. Observándose que en cuanto al límite de edad para el ejercicio de los derechos políticos establecido por el ejecutivo a través del artículo 27 del Decreto 1421 de 1993, resulta ser un mero capricho, poco razonable y a la vez inconveniente al interés general de los ciudadanos jóvenes. Pues argumentar que Bogotá merece un límite mayor de edad para el ejercicio del derecho político a ser elegido concejal, por que es un municipio más importante (tal como lo sostuvo el propio CE en el citado fallo del 4 diciembre de 2001), equivaldría a decir que entonces en Bogotá también se necesitaría establecer como requisito para elegir el de los mismo 25 años (!). Razonamiento que resulta pues ser bastante pobre para sostener tal discriminación con relación a los demás jóvenes que gozan de sus plenos derechos políticos en el resto del país.

El límite de edad equivalente a 25 años para ser elegido concejal, resulta también desvirtuado cuando estudios internacionales sobre el ejercicio del *derecho político a ser elegido*, muestran que este derecho ha sido reconocido a la edad de 18 años en la mayor parte de las democracias del mundo y en especial en aquellas consideradas modernas.

Como vimos anteriormente, la evolución de los derechos políticos ha logrado que hayan sido eliminadas las restricciones por sexo y que los límites de edad que antes eran establecidos en 25 años se hayan estatuido actualmente en 18 años, igualándolos a los derechos civiles.

(...)“Un estudio llevado a cabo por Vallés y Bosch, que abarca cincuenta y nueve países, extrae las siguientes conclusiones sobre las edades exigidas para ejercer el derecho al voto:

Años de edad	País
15 años:	Irán.
16 años:	Brasil, Nicaragua
18 años:	cuarenta y nueve Estados (incluida la mayor parte de los de la Unión Europea y USA)
19 años:	Austria
20 años:	Corea del Sur, Japón, Suiza
21 años:	Bolivia, Malasia, Pakistán, Singapur

“Conviene no olvidar, en todo caso, que es frecuente la exigencia de una edad superior para ser candidato en un número considerable de países para algunas de las funciones electivas. Ocorre generalmente en la elección de los miembros de las **segundas cámaras** y no es infrecuente en la elección del presidente en los sistemas presidencialistas

“(…) Suele justificarse como una exigencia de mayor madurez o experiencia, requerida por el ejercicio del cargo o puesto representativo. De hecho, aunque se trata de razonamientos semejantes a los que se produjeron históricamente en apoyo del sufragio censitario, se trata de una restricción menos contestada socialmente que aquella.

“(…) Cuando se trata de la elección de los **representantes de la Cámara alta** (en sistemas bicamerales) o de una presidencia no ejecutiva, es frecuente que la razón de la diferencia se encuentre más bien en un intento de diferenciar una función con competencias muy limitadas reforzando con la edad de los posibles elegidos la apariencia de experiencia o tendencia moderadora de aquellas”. (ver en particular

<http://www.aceproject.org/main/espanol/lf/lf03b.htm> y en mas en general sobre los contenidos de este estudio <http://www.aceproject.org/main/espanol/lf/lf01c.htm>)

Valga aquí retomar la posición, antes expresada, según la cual la tendencia mundial, actual y moderna, es la de equiparar la edad para elegir con la edad para ser elegido, en 18 años. Del mismo modo se sostiene que mantener limitaciones a los derechos políticos signifique favorecer elites ya establecidas y colocar cargas en la población, aspectos que son tenidos en cuenta negativamente por el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional a la hora de las ayudas y préstamos internacionales. (Joan Oriol Prats, *Importancia, alcance y limitaciones de las mediciones de la democracia* en <http://www.iigov.org/gbz/article.drt?edi=14110&art=14120>).

La eliminación de la discriminación en el goce de los derechos políticos es un proceso que, por lo general, aparece como prolongado y que suele presentarse en fases sucesivas. Es probable que se reconozca primero el derecho al sufragio y luego de un tiempo, el derecho a la igualdad de acceso a las funciones públicas. En otros casos, el proceso resulta a la inversa, primero el derecho a desempeñar funciones públicas y luego el derecho al sufragio activo y pasivo. En algunos eventos, en cambio, se puede lograr para algunos individuos un goce parcial de algunos derechos políticos antes de que se les reconozca la plena igualdad, por ejemplo, puede reconocerse su derecho a votar, pero las condiciones para ello difieren de las establecidas para el resto de la población o es posible, como sucedió en Colombia, que para ser elegidos concejales inicialmente se haya sido establecido la edad en 25 años mediante la voluntad individual del ejecutivo (Decreto 1421 de 1993) y luego en 18 años a través de la voluntad colectiva del legislativo (Ley 136 de 1994). Es de tener en cuenta que la tendencia es *procurar un goce de los derechos políticos* no en forma parcial o incompleta sino en forma *completa e igual para todos los ciudadanos* (H. Santa Cruz, *Estudio sobre la discriminación en materia de derechos políticos*, cit., p. 98), la misión de lograr esa igualdad corresponde entonces a las autoridades de cada país y en especial al legislador.

De otra parte, es necesario precisar que el presente proyecto *no pretende modificar* el contenido del inciso 1° del artículo 27 del Decreto 1421 de 1998 en la parte referida a “*haber residido en la ciudad durante los dos años anteriores*”, dado que esta condición resulta bastante razonable y conveniente como quiera que, ya el Consejo de Estado en sentencia del 13 noviembre 1992-Exp. 0382, al examinar el requisito de la residencia de los sufragantes –consagrado en el artículo 42 de la Ley 136 de 1994–, sostuvo que esta parte de la norma “procura evitar que forasteros puedan participar en las decisiones del municipio”, criterio acertado que puede resultar aplicable tanto para electores como para elegidos, no solo en los municipios sino también en los distritos, máxime cuando se exige que los posibles elegidos tengan conocimiento previo de las condiciones sociales, económicas y culturales de la respectiva localidad.

Por otra parte, la Corte Constitucional al analizar el requisito del tiempo mínimo de la residencia en el lugar donde el candidato va a ser elegido, manifestó lo siguiente (Sent. C- 1412/00):

“(…) asegurar que la persona que aspira a ser elegido como representante de los intereses de la comunidad municipal, conozca previamente las condiciones sociales y culturales de la respectiva localidad. Para ello ha optado por establecer un término fijo de residencia en la respectiva circunscripción, previo (...). Nada en la Constitución impide que el legislador adopte esta medida.

“(…) Estas cuestiones deben ser reguladas por el legislador y sólo pueden ser objeto de reproche constitucional si el plazo fijado es evidentemente, desde cualquier perspectiva posible, un plazo irrazonable. Sin embargo, este no es el caso. Por el contrario, podría incluso afirmarse que tomar la fecha de la inscripción de la candidatura constituye un criterio sano para la consecución de los intereses propios de la sociedad y el respeto del ámbito de autonomía funcional de las autoridades municipales, tal como lo expresó esta Corporación en Sentencia C-130 de 1994 (...).”

En este orden de ideas, con motivo de toda la problemática que se teje alrededor del artículo 27 del Decreto 1421 de 1998, las serias sospechas de inconstitucional, y las consideraciones de injusticia e inconveniencia con relación a los intereses de los ciudadanos, resulta inaceptable que existan normas (decretos) que con la misma categoría de una ley, pongan límites a importantes derechos fundamentales, entre ellos, los derechos políticos (Art. 40 num. 1 C. N.), con fundamento en un injustificado capricho del ejecutivo de colocar límites arbitrarios a los derechos de que todos los ciudadanos somos titulares. Las calidades para ser elegidos en cargos de elección popular serán pues determinadas por la ley de acuerdo con la Constitución (Art. 312 C. N.), motivo por el cual se ha decidido presentar el presente proyecto de modificación del inciso 1° del artículo 27 del Decreto 1421 de 1998.

Beneficios y finalidades sociales del proyecto

Analizadas las problemáticas e injusticias que ha generado la limitación de edad como condición para el disfrute de todos los ciudadanos de su derecho a ser elegidos como concejales de Bogotá y representar con un respaldo suficiente de la comunidad los intereses de la misma en iguales condiciones en que lo harían un candidato a cualquier otro Concejo Municipal o Distrital, con este proyecto se busca eliminar una de las discriminaciones al goce de los derechos políticos, cual es el límite de los 25 años de edad, dado que con ella se contrarían las tendencias internacionales que actualmente abogan por la superación de muchos límites a los derechos políticos, entre ellos el de la edad. Limitación que para el caso colombiano ha resultado impuesta de manera arbitraria por un ejecutivo fuerte autorizado por la ley en un momento de transición; sin embargo, que no resulta acorde con la voluntad del legislador colegiado al emitir la Ley 136 de 1994, donde sí se mantuvo, de manera acertada, la tendencia de fomentar el goce total e igualitario de los derechos para todos los ciudadanos del país, sin ningún tipo de discriminación, en beneficio de la igualdad y el respeto por los Derechos Humanos y los derechos económicos sociales y culturales.

De manera especial el proyecto pretende:

1. Crear en la capital de la República las condiciones necesarias para el goce de todos los Derechos Humanos y en especial los derechos políticos.

2. Adoptar y aplicar una medida necesaria –esencial- para garantizar sin distinción alguna, la oportunidad de ejercer el derecho político a ser elegido, y con ello hacer de la voluntad popular la base real de la autoridad del gobierno distrital, de conformidad con el principio de igualdad de derechos para todos los ciudadanos y la libre determinación.

3. Evitar que de manera arbitraria se niegue o limite el ejercicio de los derechos políticos.

Se procura también con el proyecto dar respuesta:

(...) “a una preocupación que tiene que ver con la armonía de las relaciones políticas al interior de un Estado. Tenemos hoy una sociedad que dice encontrarse más sensible, que en otros tiempos, a los problemas que nos trae el reconocimiento de los Derechos Humanos como garantía de la realización de una sociedad institucionalmente bien ordenada (en el sentido más fuerte y claro de lo que esto quiere decir), es decir, legítima y legalmente ordenada; que es respetuosa de los Derechos Humanos y, por tanto, una sociedad más justa” (...)

(...) el ejercicio adecuado de tales derechos puede configurar orden y paz o, por el contrario, una disminución de la cantidad y calidad del ejercicio de tales derechos nos trae como consecuencia una sociedad insuficiente civilmente y desastrosamente conflictiva. (José Reinol Sánchez, *¿Existen los derechos políticos? cit.*)

En conclusión, por todo lo expresado en la parte, las motivaciones el presente proyecto aspira y anhela:

1. Reestablecer las condiciones de igualdad y la no discriminación de los derechos políticos para todos los ciudadanos, tal y como es consagrado en el artículo 99 de la Constitución Política, sin que se limite indebidamente el derecho constitucional que tiene todo ciudadano a ser elegido en cargos públicos electivos.

2. Situar a todos los ciudadanos candidatos a Concejo en un mismo nivel de derechos y posibilidades en todo el país, con el fin de proteger y aplicar los criterios de proporcionalidad, razonabilidad y no arbitrariedad en los que el legislador debe basarse al momento de limitar los derechos políticos.

3. Garantizar a los jóvenes ciudadanos que residen en el principal centro urbano del país, el goce de sus derechos políticos, permitiéndoles el ejercicio del derecho no sólo a elegir sino también a que sean elegidos; y permitiéndoles el ejercicio libre en la escogencia de profesión u oficio, sin más limitantes que los impuestos por la Constitución (Arts. 26 y 45) y el orden público.

4. Amparar el derecho a la igualdad de todos ante la ley, sin ningún tipo de discriminación, en virtud del mandato del artículo 13 de la Constitución Política.

5. Garantizar el derecho al trabajo, el derecho a elegir libremente un oficio, así como el pleno goce de los demás Derechos Humanos, económicos, sociales y culturales.

6. Asegurar un proceso electoral transparente y evitar la confusión de intereses privados y públicos.

Finalmente, es preciso resaltar que la eliminación de la discriminación en el goce de los derechos políticos resulta ser el medio más eficaz para acabar con otras formas de discriminación y contribuir a que todas las personas disfruten de todos los Derechos Humanos y libertades fundamentales. Además, la participación plena e igual en todos los aspectos de la vida pública es esencial para implantar la igualdad entre todos los miembros de la comunidad y para edificar una mejor civilización en la que todos estén en capacidad de intervenir en las decisiones de interés común (H. Santa Cruz, *Estudio sobre la discriminación en materia de derechos políticos*, cit., p. 99).

Miguel Pinedo Vidal,

Senador de la República.

SENADO DE LA REPUBLICA

Secretaría General (Art. 139 y ss. Ley 5ª de 1992)

El día 17 del mes de agosto del año 2006 se radicó en este Despacho el Proyecto de ley número 89, con todos y cada uno de los requisitos constitucionales y legales, por el honorable Senador *Miguel Pinedo Vidal*.

El Secretario General,

Emilio Otero Dajud.

SENADO DE LA REPUBLICA

SECRETARIA GENERAL

Tramitación de Leyes

Bogotá, D. C., 17 de agosto de 2006

Señora Presidenta:

Con el fin de que se proceda a repartir el Proyecto de ley número 89 de 2006 Senado, por la cual se modifica el inciso 1º del artículo 27 del Decreto número 1421 de 1993 “Por la cual se dicta el Régimen Especial para el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá”, me permito pasar a su despacho el expediente de la mencionada iniciativa que fue presentada en el día de hoy ante Secretaría General. La materia de que trata el mencionado proyecto de ley es competencia de la Comisión Primera Constitucional Permanente, de conformidad con las disposiciones reglamentarias y de ley.

El Secretario General honorable Senado de la República,

Emilio Otero Dajud.

PRESIDENCIA DEL HONORABLE SENADO DE LA REPUBLICA

Bogotá, D. C., 17 de agosto de 2006

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

Cúmplase.

La Presidenta del honorable Senado de la República,

Dilian Francisca Toro Torres.

El Secretario General del honorable Senado de la República,

Emilio Otero Dajud.

* * *

PROYECTO DE LEY NUMERO 90 DE 2006 SENADO

por la cual se adiciona al Código Civil Colombiano el artículo 1604 bis, referido al régimen general de las cláusulas restrictivas de responsabilidad.

El Congreso de la República de Colombia

DECRETA:

Artículo 1º. Agrégase al Código Civil el artículo 1604 bis del siguiente tenor:

“Artículo 1604 bis. Régimen general de las cláusulas restrictivas de responsabilidad.

“Las cláusulas que tengan por objeto o como efecto, directo o indirecto una exoneración o limitación de la responsabilidad normal del deudor serán válidas, a condición que su pacto o el hacerlas valer no resulte contrario a normas de orden público, las buenas costumbres, normas imperativas o a los principios de buena fe y lealtad negocial.

“Los pactos arriba mencionados podrán operar para limitar o exonerar la responsabilidad contractual o extracontractual, pero serán nulos si recaen sobre daños a la integridad física o síquica de la persona, o si con su pacto se pretende restringir la responsabilidad del deudor que deriva de un hecho o un incumplimiento cometido con dolo o culpa grave.

“El deudor podrá pactar cláusulas restrictivas de responsabilidad por incumplimiento o por los hechos ilícitos civiles de sus auxiliares y serán válidas, sólo en la medida que lo serían aquellas cláusulas restrictivas de responsabilidad por el hecho ilícito civil o por el incumplimiento propios.

“La cláusula restrictiva existirá si es previamente aceptada por el acreedor antes del incumplimiento o comisión del hecho ilícito civil del deudor, y para que se entienda que hubo aceptación esta debió ser informada por el deudor al acreedor y aceptada por este último.

“Los pactos que contraríen los límites de validez establecidos para las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad serán declarados nulos a petición del acreedor afectado, y sólo cuando el juez encuentre que sin la cláusula nula el contrato carecería de sentido para el acreedor; de manera excepcional podrá decretar la nulidad del entero contrato.

“Las cláusulas cuyo objeto o efecto sea el de restringir la responsabilidad del deudor cuando sean redactadas en forma ambigua o poco clara se interpretarán en el sentido menos favorable a la parte que la redactó y más benéfico a la parte que con su pacto resulte afectada.

“Las cláusulas restrictivas de responsabilidad se interpretarán en el sentido que produzcan efectos y esta se hará de manera restrictiva y sin que proceda la analogía.

“En los contratos celebrados entre profesionales de una parte y consumidores o usuarios de la otra, las cláusulas restrictivas de responsabilidad del deudor se presumirán como abusivas y de ser abusivas serán nulas. La presunción de abusividad será desvirtuable solo si el deudor prueba de una parte que la cláusula que tiene por objeto o efecto la exoneración o limitación de responsabilidad fue negociada con el acreedor, y, de otra, que además ella no determina un desequilibrio irracional, significativo o desproporcionado entre las obligaciones y derechos de las partes del contrato, esto con independencia del hecho que el profesional haya actuado de buena fe.

“Esta norma constituye el régimen general aplicable a las cláusulas restrictivas de responsabilidad y establece un sistema de protección mínima sin perjuicio de normas que establezcan una mayor protección para el equilibrio del contrato en beneficio de la parte débil del contrato o del consumidor y será aplicable tanto a los contratos de derecho privado como a aquellos en que intervenga la administración pública”.

“Las disposiciones del presente artículo son de orden público”.

Artículo 2°. Vigencia. La presente ley rige a partir de la fecha de su promulgación.

Publíquese y cúmplase.

Miguel Pinedo Vidal,

Senador de la República.

EXPOSICION DE MOTIVOS

Situación actual y problemáticas sobre el uso indiscriminado de cláusulas restrictivas de responsabilidad.

Las cláusulas restrictivas (de exoneración o limitación) de la responsabilidad del deudor, desde la época de sus inicios modernos, esto es, desde la revolución industrial en Inglaterra y en especial desde los años de 1900, se han utilizado en la práctica contractual, en un inicio en el contrato de transporte de mercancías por vía marítima (Lefebvre A., *La disciplina convenzionale della responsabilità del vettore marittimo*, Roma, 1939, passim.) para luego extenderse a los demás tipos de contratos, su

uso se intensificaría con motivo del surgir de la contratación de masa, por medio de contratos estándar o por adhesión.

Su aplicación en un inicio fue bastante amplia y la ley bastante permisiva, pero desde la década de los años treinta el legislador se ha venido mostrando cuidadoso y a establecido sobre ellas varios criterios de control sobre su validez, para evitar los abusos que con su empleo indiscriminado se pueden cometer. Controles que pasarían a incrementarse con motivo del reconocimiento de los contratos con los consumidores y la necesidad de mantener el equilibrio contractual que aparece como indiscutiblemente alterado en los contratos celebrados entre empresarios-profesionales y consumidores-usuarios. En efecto, el tema recobra vigencia con los movimientos proteccionistas a favor de los consumidores en Estados Unidos en la década de los años 60 y luego en toda la Europa occidental desde la década de los años 70, para retomar fuerza en los años 90, en especial cuando esas cláusulas pueden ser abusivas (Bourgeois D., *Les clauses abusives*, Paris, 2002 p. 9).

Se ha considerado por la doctrina moderna que no obstante dichas cláusulas sobre la responsabilidad son una manifestación de la autonomía de la voluntad que permite a las partes definir libremente el contenido del contrato, esa libertad no es absoluta, de ahí que la figura se haya mostrado como un tema de gran preocupación para la doctrina y la jurisprudencia, generando la actuación de medidas de control por parte del legislador con motivo de los abusos que con ellas se pueden cometer y por las implicaciones económicas que la figura misma envuelve (Ponzanelli G., *Le clause di esonero dalla responsabilità en Danno e.resp.*, 1998, pp. 852 ss. L. Cabella Pisu, *Le clause di esclusione o limitazione del risarcimento*, en AA.VV., *Risarcimento del danno contrattuale e extracontrattuale*, bajo dirección de Visintini G., Milano, 1999, pp. 429 ss. Benatti F., “*Clause di esonero da responsabilità*”, en *Dig.disc.priv.sez.civ.*, Torino, 1988, Vol. II, 4ed., pp. 397 ss. Ceccherini G., *Responsabilità per fatto degli ausiliari Clause di esonero da responsabilità artt 1228-1229*, en *Commentario Il codice civile*, bajo dirección de Busnelli F. D., Milano, 2003, passim. Delogu L., *Le modificazioni convenzionali della responsabilità civile*, Padova, 2000, passim. D. Mazeaud, *Les clauses limitatives de réparation*, en AA.VV., *Les obligations en droit français et en droit belge convergences et divergences*, actes des journées d'études organisées les 11 et 12 décembre 1992 par la Faculté de droit de Paris Sanit –Maur et la Faculté de droit de l'Université Libre de Bruxelles, Paris, 1994, pp. 155 ss. P.Delebecque–D. Mazeaud, *Les clauses de responsabilité*, en *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, bajo dirección de Fontaine M.- Viney G., Bruselas - París, 2001, pp. 381 ss. Gual J., *Validez de las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad contractual*, en *Advocatus*, 2003, num. 8, pp. 99 ss.).

La doctrina nacional tampoco ha sido ajena a estas problemáticas. En efecto, se encuentran algunos escritos al respecto aunque a veces acompañados de posiciones un tanto confusas u opuestas entre sí, a lo cual tampoco escapa la jurisprudencia. (Pérez A. *Teoría general de las obligaciones*, Bogotá, 1954, v II, parte 1, p. 41 ss. Barrera C., *Cláusulas de exoneración de responsabilidad*, en AA. VV, *Del daño*, Bogotá, 2001, pp. 369 ss. Tamayo, J. *De la responsabilidad civil*, Bogotá, 1999, T. IV, p. 197 ss. Suescún J., *Derecho privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*, Bogotá, 2003, I, pp. 343 a 356. Usuga O. *Validez de las cláusulas de irresponsabilidad contractual*, Bogotá, 1992, pássim, Valencia A. *Derecho civil, de las obligaciones*, Bogotá, 1986, T. III, pp. 363 ss).

Las cláusulas restrictivas de responsabilidad son un instrumento que ayuda a desarrollar las empresas al permitir bajar los costos de los productos, en tanto que la responsabilidad que para ellas se derivaría en caso de incumplimiento, sería menor a la normal que a ella correspondería de no existir la cláusula limitativa o exonerativa, lo cual se refleja en la posibilidad de ofrecer productos a menor costo para el consumidor o usuario, hecho que además afecta el derecho a la competencia al permitir hacerlas más productivas y competitivas. Pero al mismo tiempo, el uso indiscriminado y sin control de cláusulas restrictivas de responsabilidad pueden llevar a que las empresas o la parte fuerte contractual cometa con su pacto abusos que implican un grave riesgo para el consumidor-usuario de los productos y servicios ofrecidos a través de los contratos donde tales

cláusulas resultan ser preestablecidas por la parte fuerte contractual que las termina por imponer al interior de las condiciones generales de los contratos por adhesión. Tal como podría ocurrir cuando una parte fuerte al valerse de su posición de monopolio de hecho o de la necesidad del contratante débil las impone a quien frente a la necesidad, no le queda otra opción que la de contratar, marcando un significativo e irracional desequilibrio entre las obligaciones y deberes de las partes.

Las cláusulas sobre la responsabilidad pueden ser establecidas además de los contratos celebrados entre profesionales y consumidores, en contratos celebrados entre profesionales, pudiendo ser impuestas al otro, pues también es posible que entre profesionales de una actividad en contratos que no son de consumo, una de las partes sea desde el ámbito económico más fuerte que la otra, dando lugar a desequilibrios irracionales o significativos entre las obligaciones y deberes de las partes, como sería cuando un empresario fuerte impone a otro empresario menos fuerte cláusulas restrictivas de responsabilidad a condición de mantenerle una determinada exclusividad en un contrato o servicio.

Enseguida se ilustran algunas de las principales problemáticas a que estas cláusulas pueden dar lugar en la práctica comercial y cuando el intérprete se enfrenta a su análisis en el estado actual de la legislación nacional, de acuerdo con soluciones adoptadas que en otros sistemas con legislación similar o con una legislación expresa al respecto.

Las cláusulas restrictivas de responsabilidad, las cuales son pactadas de manera previa al incumplimiento o a la comisión del ilícito civil, surtirán efectos cuando el acreedor resulta insatisfecho ante el incumplimiento de un deudor que es consciente de la existencia de las cláusulas restrictivas de su responsabilidad en caso de incumplimiento. Ante este evento, en la mayoría de los casos, se ha demostrado que al acreedor a quien se han impuesto las cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad sólo logra informarse sobre su alcance al momento de la reclamación, pues antes no ha prestado atención al contenido del clausulado por falta de información o porque ante la necesidad de contratar omitió leerlas, pero igual las acepta. La problemática del tema es amplia al colocarse en juego la responsabilidad como un criterio amplio que da derecho a una reparación fruto del incumplimiento o de la comisión de un ilícito civil.

En el momento actual, la legislación nacional permite que las partes pacten cláusulas restrictivas de responsabilidad con base en las potestades que da el Código Civil (Arts. 1604 y 1616) para modificar el régimen de la responsabilidad allí establecido. Sin embargo, no se especifican los criterios de validez o una sanción específica por violar los límites de validez. Este hecho deja al intérprete en una constante incertidumbre sobre los alcances de las cláusulas restrictivas de responsabilidad, su concepto y criterios con los cuales se controlará su validez.

Por esta situación pasó el legislador italiano quien desde 1942 optó por terminar muchas de esas problemáticas, gracias a la incorporación en su Código Civil de un régimen general sobre las cláusulas restrictivas de responsabilidad que recogería varias de las críticas de la doctrina y de las posiciones de la jurisprudencia hasta la época. Es así como se consagraron en el *Codice civile italiano* los artículos 1229 y 1341 así:

Artículo 1229 *Codice civile* italiano:

“1229. Cláusulas de exoneración de responsabilidad. *Es nulo cualquier pacto que excluya o limite preventivamente la responsabilidad del deudor por dolo o culpa grave.*

Es nulo además cualquier pacto preventivo de exoneración o limitación de responsabilidad para los casos en los cuales el hecho del deudor o de sus auxiliares constituya violación de obligaciones que derivan de normas de orden público”.

Artículo 1341 *Codice civile* italiano:

“1341. Condiciones generales de contrato. (...)

“(...) no tendrán efecto, si no son específicamente aprobadas por escrito, las condiciones que establecen, a favor de aquel que las ha predispuesto, limitaciones de responsabilidad, (...)”.

En efecto, con estas normas se permitió consagrar la validez indiscutible de los pactos restrictivos de responsabilidad en materia contractual,

pero dejó aún la duda si se podían en materia de responsabilidad extracontractual; sin embargo, gracias a la interpretación jurisprudencial y doctrinal se terminó también por aceptarla. Salvo las incertidumbres sobre el régimen al cual someter ambos tipos de cláusulas restrictivas de responsabilidad, pues reconoció su diferencia conceptual, pero al tiempo las sometió a un mismo sistema de control, por cuanto que por sus efectos son muy similares. También se incluyó como sanción, en beneficio de la parte débil del contrato, la nulidad de la cláusula y finalmente, como límites de validez instituyó el criterio del orden público y que con la cláusula el deudor no pretenda exonerar o limitar la responsabilidad que para él deriva en caso de un incumplimiento cometido con motivo de un comportamiento gravemente culposo o doloso.

No obstante este primer avance, como quiera que se trata de una norma general y mínima de protección, no todas las problemáticas quedaron solucionadas, de ahí que se hicieran necesarias nuevas leyes complementarias en contratos específicos. Así, por medio de leyes especiales en actuación de las directivas comunitarias, se proferirían leyes que otorgaran mayor protección a los consumidores que se enfrentan ante las cláusulas restrictivas de responsabilidad en los contratos celebrados con los profesionales de una actividad (Arts. 1469 *bis* y 1469 *quinquies*). Con lo cual se consagrarían, desde el año de 1996, las modernas teorías del equilibrio contractual y el principio de la buena fe, así como algunas presunciones sobre la abusividad de las cláusulas restrictivas de responsabilidad en los contratos con los consumidores.

Artículo 1469 *bis*. *Codice Civile* italiano:

“Artículo 1469 *bis*. Cláusulas abusivas en el contrato entre profesional y consumidor. En el contrato concluido entre el consumidor y el profesional, se consideran abusivas las cláusulas que no obstante la buena fe, determinan a cargo del consumidor un significativo desequilibrio de los derechos y de las obligaciones derivadas del contrato. (...)

Se presumen abusivas, salvo prueba contraria, las cláusulas que tienen por efecto:

1. Excluir o limitar la responsabilidad del profesional en caso de muerte o daño a la persona del consumidor. (...)

Artículo 1469 *quinquies*. *Codice Civile* Italiano:

“Artículo 1469 *quinquies*. Ineficacia. Las cláusulas consideradas abusivas en el sentido de los artículos 1469 *bis* y 1469 *ter*. Son ineficaces las cláusulas que no obstante ser negociadas tengan por objeto o por efecto:

“1. Excluir o limitar la responsabilidad del profesional en caso de muerte o daño a la persona del consumidor, que resulte de un hecho u omisión del profesional; (...)

“La ineficacia opera solo en ventaja del consumidor” (...)

Con anterioridad, mediante el Decreto 224 de 1988 sobre responsabilidad por daños de productos defectuosos, el legislador italiano había además emitido en su artículo 12 una protección a favor del consumidor con motivo de la actuación de la Directiva CE numeral 85/374, norma en la cual se reconoce que no obstante existe la posibilidad de que las partes pacten cláusulas por las que se restrinja la responsabilidad contractual o extracontractual del deudor, dichas cláusulas están prohibidas para los eventos de la responsabilidad derivada de daños por productos defectuosos.

Por otra parte, la reglamentación de la Directiva CE 44/99 incluyó al Código Civil una normativa especial sobre la venta con el consumidor, en la cual, por sus efectos, se acoge la cláusula sobre la garantía como una cláusula restrictiva de responsabilidad indirecta, no obstante, en estricto sentido, ella sea una cláusula de delimitación del objeto del contrato, en aplicación del artículo 1519 *octies*. (Delogu L., *I patti modificativi della responsabilità del venditore: la direttiva 1999/44/CE, l'odierno diritto italiano e le prospettive di riforma*, en *Contr.e impr.*, 2000, 2, pp. 489 ss.)

En este orden de ideas, aunque respecto del sistema italiano moderno, no es posible sostener que sea el mejor modelo, no se puede desconocer que es un modelo que ofrece muchas luces sobre el tratamiento del tema de las cláusulas restrictivas de responsabilidad.

Los sistemas de derecho de Europa pertenecientes a la Unión Europea ha retomado el estudio de las cláusulas restrictivas de responsabilidad a partir de los movimientos de protección del consumidor, en especial por medio de la Directiva CE 13/93, por la cual se procura mantener el equilibrio del contrato ante la existencia de cláusulas abusivas en los contratos con los consumidores.

Basta mencionar el **BGB alemán** con la reforma a dicho estatuto en el año 2002, cuya finalidad no es otra que adaptar su legislación interna a las directrices comunitarias, en donde se mantiene la tendencia italiana de reconocer la validez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad pero sin que con ellas se pretenda restringir la responsabilidad del deudor por culpa grave o dolo. Del mismo modo, también se establece que tales cláusulas serán válidas cuando el deudor pretende restringir la responsabilidad que a él corresponde por culpa o el hecho de sus auxiliares, pero en la medida que ellas serían válidas para sus hechos propios, y además se establece que en las condiciones generales de contrato ellas serán nulas cuando recaen sobre daños a la persona (§ 276, § 278 y § 309 BGB), además del sometimiento general del actuar contractual al principio general de la buena fe (§ 242 BGB).

§ 276 BGB.

“§ 276. Responsabilidad del deudor.

(...)

“3. el deudor no puede ser de manera previa exonerado de la responsabilidad por dolo”.

§ 278 BGB.

“§ 278. Responsabilidad del deudor por obra de terceros.

(...)

“El deudor debe responder por la conducta dolosa o culposa cometida por su representante legal o por las personas de las cuales se vale para cumplir sus propias obligaciones en la medida en la que responde de su propia conducta dolosa o culposa” (...).

§ 309 BGB.

“§ 309. Cláusulas prohibidas sin posibilidad de una valoración discrecional.

(...) “Son ineficaces, si son introducidas en las condiciones generales de contrato (...)

“7. Exoneraciones de la responsabilidad por lesiones causadas a la vida, al cuerpo y a la salud y por incumplimiento debido a culpa grave” (...)

El **derecho francés**, por su parte, no obstante reconocer por la jurisprudencia y la doctrina la validez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad, de acuerdo con la aplicación de varias normas del *code civil*, en tema de contratos con el consumidor, el *Code de la Consommation* ha establecido en el artículo L. 132-1 que las cláusulas contractuales que determinen un desequilibrio significativo entre las obligaciones y deberes de las partes en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores serán abusivas, y de ser abusivas, ellas deben ser decretadas nulas. Esta disposición se establece como de orden público y hace referencia a un anexo en el cual se considera que las cláusulas restrictivas de responsabilidad por daños a la persona del consumidor, por un acto u omisión del profesional que resulten establecidas en este tipo de contratos, podrán catalogarse de abusivas. (Viney G.- Jourdain P., *Les effets de la responsabilité*, París, 2001, pp. 345 ss. Delebecque P., *Régime de la réparation*, en *J.Cl.civ.*, code artículo 1146 a 1155, París, 1998, fasc. 210, pp. 1 ss.).

Colombia de manera similar al derecho francés y español no cuenta con una reglamentación específica sobre el tema, como en cambio sí lo ha hecho la moderna legislación italiana y en parte la alemana. Sin embargo, tampoco ha sido ajena a los estudios que se han hecho en Francia, España e Italia demostrando la necesidad de normas que establezcan claros controles y un régimen general que otorgue al intérprete una línea segura al momento de analizar la normativa aplicable frente a su usual utilización y definir los criterios sobre su sanción al sobrepasar los límites de validez, identificar los criterios de validez, establecer su

tipología y régimen a aplicar en general y de manera especial a las cláusulas restrictivas de responsabilidad.

En efecto, entre las más sentidas problemáticas que deja al intérprete la ausencia de un régimen general sobre el tema de las cláusulas restrictivas de responsabilidad, están aquellas relacionadas con su concepto, los límites de validez y la forma como ellas deben ser interpretadas. Sin embargo, en la experiencia francesa y española las cláusulas restrictivas de responsabilidad han sido reglamentadas de manera parcial para algunos contratos, pero se ha mostrado que esa reglamentación no ha sido suficiente. (Alvarez N., *Cláusulas restrictivas de responsabilidad civil*, Granada, 1998, pássim. García M., *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual*, Madrid, 1965, pássim. . Starck B., *Observations sur le régime juridique des clauses de non responsabilité ou limitatives de responsabilité*, en *D*, chron, 1974, pp. 157 ss. AA.VV., *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe, actes du colloque des 13 et 14 décembre 1990* bajo dirección de Ghestin J., París, 1991, pássim.).

Fruto del análisis comparativo del tema en ámbito europeo se puede sostener que las cláusulas restrictivas de responsabilidad suelen ser pactadas sobre muchos aspectos del incumplimiento, sin que ellas por ser limitativas o exonerativas se limiten sólo al *quántum* indemnizatorio, pues pueden afectar todos los aspectos de la reparación y por ellos es conveniente analizarlas de manera conjunta, como un solo concepto en el cual lo que solo varía entre ellas es la intensidad de la responsabilidad.

Los problemas que derivan del concepto de las cláusulas restrictivas de responsabilidad no son pocos, pues su concepto es bastante amplio y dentro de ellas se identifican tanto las de exoneración como las de limitación, que juntas pueden ser *directas*: Al recaer sobre el daño, los criterios de imputación, el nexo causal, el tipo de incumplimiento, el *quántum* y la modalidad de la reparación, y los derechos y acciones que derivan del incumplimiento; o *indirectas*: Como serían aquellas referidas a la carga de la prueba, la jurisdicción y la competencia, los términos legales y el patrimonio del deudor, entre otras. Así, identificarlas dependerá de la habilidad del intérprete quien se enfrentará a la imaginación de las partes que las hayan creado.

Lo anterior muestra cómo las discusiones sobre el concepto de las cláusulas restrictivas de responsabilidad con respecto a aquel de las cláusulas que producen un efecto similar, son permanentes. De ahí que se plantee que el hecho de poder identificar con certeza las cláusulas de exoneración y las de limitación como parte de las cláusulas restrictivas de responsabilidad, resulte ser un aspecto esencial del proyecto, y que además ellas pueden ser establecidas para afectar la responsabilidad tanto de forma directa como de manera indirecta, (Fontaine M., *Les clauses exonératoires et les indemnités contractuelles dans les Principes d'Unidroit: Observations critiques*, en *Unif. law rev.*, 1998- 2/3, pp. 405 ss), esto permitirá, en efecto, como se busca con el presente proyecto de ley que el intérprete al enfrentar las cláusulas del contrato se percate del objeto o finalidad que se busca, con la finalidad que pactos cuyo objeto o efecto sea el de una cláusula restrictiva de responsabilidad no logren pasar como desapercibidas a los rigurosos controles que para ellas con este proyecto se establecen, y evitar algo más grave aún como es el hecho que las partes mediante una cláusula cualquiera y sin importar su nombre, terminen por disfrazar verdaderas cláusulas restrictivas de responsabilidad.

El otorgar a ambas cláusulas el mismo régimen tal y como se hace en el presente proyecto de ley, permitirá que en beneficio del equilibrio del contrato una parte no logre una exoneración de responsabilidad por medio de una cláusula limitativa irrisoria, cuando la cláusula exonerativa resulte prohibida por una norma especial establecida para un contrato específico.

De otra parte, tampoco son pocas las problemáticas en torno al tipo de sanción a otorgarles. Para muchos deberá ser la *ineficacia*. Criterio que se caracteriza por ser muy amplio y ambiguo al momento de determinar que las cláusulas no tendrán efectos. (Rawach E., *Observations sur la notion de clauses exonératoires de responsabilité selon les principes Unidroit*, en *D Aff*, París, 1999, pp. 1.234 ss). Para otros, en cambio, la

sanción de la cláusula que supere los límites de validez tendrá que ser la nulidad.

Finalmente, otra de las grandes discusiones se teje al momento de delimitar los límites de validez, pues debido a la ausencia de una norma general, ellos no resultan claros. Así se ha mostrado por ejemplo en la jurisprudencia francesa donde se ha planteado un gran interrogante frente a la validez de ellas por daños a la persona. Interrogante que en cambio ha sido mayoritariamente solucionado en Italia con una posición que sostiene la invalidez de la cláusula restrictiva de responsabilidad referida a los daños a la persona. Esta posición italiana es la tendencia que está primando en ámbito europeo y en especial en legislaciones como la holandesa.

Tanto en el derecho interno como en el derecho internacional el principio de la reparación integral del daño es reconocido como un principio que no es absoluto, por cuanto este admite excepciones, una primera representada en los pactos convencionales de responsabilidad, cuyo fundamento de validez se basa en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, con la finalidad que las partes pacten restricciones convencionales a la responsabilidad. Y una segunda en el hecho que es posible que la ley misma establezca topes a la indemnización integral. En Colombia la posibilidad de modificar convencionalmente el régimen de la responsabilidad aparece como indiscutible en virtud de los artículos 1604 y 1616 del Código Civil, por ello, la posibilidad de que se pacten cláusulas restrictivas de responsabilidad válidamente es indiscutible, pero esa posibilidad crea la necesidad que ella deba reglamentarse al menos de una manera general. Esa reglamentación se deberá hacer a continuación de la norma que deja abierta esa posibilidad. Por ello, se considera que lo más acertado es que el régimen general aplicable a las cláusulas restrictivas de responsabilidad se deberá incluir al derecho positivo con el artículo 1604 bis, tal y como se presenta en el proyecto.

Por otra parte, los proyectos de códigos de derecho privado de contratos tanto a nivel europeo y mundial en tema de cláusulas restrictivas de la responsabilidad, han establecido dentro de su clausulado un régimen único para las cláusulas de exoneración y limitación, con apoyo en la idea según la cual se hace necesario establecer un régimen general y claro al cual someter la validez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad. Al ser estas pactadas de manera bastante común en los contratos nacionales e internacionales, la existencia de un régimen general tiene como finalidad disminuir los espinosos conflictos que en tema de responsabilidad se suelen presentar entre las partes, (Unidroit., *Principios sobre los contratos comerciales internacionales*, Roma, 1995, p. 211) y de manera especial, evitar que con su uso una parte se aproveche de la otra beneficiándose de la cláusula de manera abusiva con ventajas excesivas. Es así como con influencia de todos los sistemas de derecho de todo el mundo sobre el tema se emitió una norma expresa que reglamentara las cláusulas restrictivas de responsabilidad, norma contenida en el artículo 7.1.6 de los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales, PCCI, proferidos por el instituto Unidroit en Roma.

Principios Unidroit –PCCI– art. 7.1.6

“Artículo 7.1.6 (Cláusulas de exoneración)”

“Una cláusula que limite o excluya la responsabilidad por incumplimiento, o que le permita a una parte ejecutar una prestación sustancialmente diferente a lo que la otra podía razonablemente esperar, no podrá invocarse si fuere manifestamente inequitativa en función de la finalidad del contrato”.

(Este artículo trae además unos amplios comentarios, los cuales también hacen parte del texto del articulado, pero que por razones de economía al proyecto de ley, no se incluyeron).

En ámbito europeo los principales intentos de códigos tipo de derecho unificado de contratos, reglamentan el tema de las cláusulas restrictivas de responsabilidad y también insisten en la necesidad de la consagración legislativa de una regla específica para las cláusulas restrictivas de responsabilidad.

Se trata al igual que los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales (PCCI- Unidroit) de intentos de códigos creados por comisiones a las cuales pertenecen académicos, juristas y magistrados,

todos profesionales del derecho con tendencias de civil law y common law; aunque el proyecto de los principios Unidroit abarca además de las experiencias de los sistemas de derecho europeo, de *common law* y *civil law*, la de países como Israel, Estados Unidos, Japón, y la de sistemas pertenecientes a los derechos africano, ruso, escandinavo, japonés, chino y latinoamericano.

Así, el Código Europeo de Contratos, CEC, las reglamentó dentro de los artículos 106 y 30 (Academie des privatistes europeens, *Code European des Contrats*, coordinado por G. Gandolfi, avant – projet, 2002, livre 1, pp. 818 y 855.):

Código Europeo de Contratos, CEC, artículo 106.

“Artículo 106. Cláusulas de no responsabilidad y limitativas de responsabilidad.”

“1. Todo acuerdo que excluya o limite previamente la responsabilidad del deudor por dolo o falta grave es nulo.

“2. El acuerdo por el cual se convenga que una de las partes no puede oponer excepciones a fin de evitar o retrasar la prestación debida, carece de eficacia en cuanto a las excepciones de nulidad, anulabilidad y rescisión del contrato. Sin embargo, incluso en los casos en que el acuerdo sea eficaz, el juez, si aprecia la concurrencia de circunstancias graves, podrá suspender la condena, imponiendo, si hay lugar, una caución.

“3. A reserva de lo previsto en el artículo 30 sobre cláusulas abusivas, el acuerdo que excluya o limite la responsabilidad del deudor por falta leve carece de eficacia si el acreedor lo ha concluido mientras aquel estaba a su servicio, o si la responsabilidad se origina en el curso de una actividad profesional o empresarial ejercida en régimen de monopolio por una autorización administrativa.

“4. Teniendo en cuenta la naturaleza de la prestación y la cualidad de las partes, estas pueden concluir válidamente acuerdos por los que convengan márgenes de tolerancia en el cumplimiento o una franquicia en cuanto a la indemnización del daño, conforme a los usos y a la buena fe.

“5. Las partes pueden concluir válidamente acuerdos estableciendo presunciones simples de caso fortuito para sucesos que, por su índole, se consideran normalmente caso fortuito”.

Código Europeo de Contratos, CEC, artículo 30.

“Artículo 30. Contenido lícito y no abusivo.”

“1. El contenido del contrato es lícito cuando no es contrario a las disposiciones de este código, a las disposiciones comunitarias o nacionales, al orden público o a las buenas costumbres.

“2. El contenido del contrato es ilícito cuando con él se pretende eludir la aplicación de una norma imperativa.

(...)

“4. En las condiciones generales de contrato reguladas en el artículo 33 carecen de efectos a menos que sean expresamente ratificadas por escrito, las cláusulas que establezcan a favor del predisponente limitaciones de la responsabilidad, (...) limitaciones a la facultad de oponer excepciones, (...) derogaciones convencionales de las normas sobre determinación de la competencia de los tribunales.

“5. En los contratos celebrados entre un profesional y un consumidor, salvo lo previsto por las normas comunitarias, las cláusulas que no hayan sido objeto de discusión entre las partes carecerán de efectos si dan lugar a un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes derivado del contrato en perjuicio del consumidor incluso si el profesional obra de buena fe”.

De otra parte, los principios de derecho europeo de los contratos PDEC, las reglamentó en los artículos 8°: 109 y 4°: 118, por los cuales se permite también establecer pactos restrictivos de responsabilidad pero sometidos a un riguroso control de validez marcado por la buena fe y la lealtad negocial. (Castronovo C., *Principi di diritto europeo dei contratti, Parte I y II*, Milano, 2001, p. 433).

Principios de Derecho Europeo de los Contratos, PDEC, artículo 8:109

“Artículo 8:109. Cláusula de exclusión o de limitación de las protecciones.

“Las protecciones por incumplimiento pueden ser excluidas o limitadas salvo que hacer valer tales exclusiones o limitaciones resulte contrario a la buena fe y a la lealtad”.

Principios de Derecho Europeo de los Contratos, PDEC, artículo 4º: 118.

“Artículo 4º: 118. Exclusión o limitación de las protecciones.

“1. Las protecciones para el dolo, la violencia y el injusto provecho o las ventajas inequitativas, así como el derecho a anular una cláusula abusiva que no haya sido objeto de negociación individual, no pueden ser excluidas ni limitadas.

“2. La protección concerniente al error y las informaciones inexactas pueden ser excluidas o limitadas, salvo que la exclusión o limitación esté en contraste con la buena fe y la lealtad”.

La mayoría de los países europeos no obstante reconocer la validez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad, establecen sobre ellas controles de validez marcados por los criterios de buena fe como Alemania, u otro casi equivalente de razonabilidad como Holanda, los países del norte de Europa, Inglaterra, Escocia e Irlanda y otros sobre criterio de incumplimiento doloso o gravemente culposo como Francia, España, Italia, Bélgica, Portugal, Finlandia, Grecia, control al que tampoco escapan las legislaciones de Alemania, Holanda e Inglaterra (Castronovo C., *Principi di diritto europeo dei contratti, Parte I y II*, Milano, 2001, pp. 437 a 439).

El presente proyecto de ley pretende que con el artículo 1604 bis, el Código Civil de manera vanguardista desde ya dé claridad a varias de las problemáticas planteadas, luego de analizar y observar algunos de los principales y más recientes estudios de calidad que ya existen sobre el tema en países cuya jurisprudencia ha manifestado problemáticas similares a las nacionales, con independencia de si poseen o no una regla general en derecho positivo, pero que en todo caso se trata de modelos que han servido de base y expansión no solo a los sistemas del civil law y common law, sino también a los proyectos de unificación entre ambos sistemas de derecho tanto a nivel mundial como europeo, bajo la forma de códigos tipo o de principios, todos con la misma finalidad.

Se ha hecho especial énfasis en los estudios que se han realizado en países con problemáticas legislativas similares a la nuestra como sería el caso español y francés y a las soluciones que una reglamentación expresa como la italiana han dado al tema con base en un sistema mixto de las escuelas alemana y francesa, así como a las leyes de actuación de las directivas comunitarias en tema de cláusulas restrictivas de responsabilidad en contratos celebrados entre consumidores y profesionales, pues para nadie es una novedad que el moderno derecho de los contratos y las obligaciones se encuentra en una etapa de interpretación del contrato con base en un nuevo orden contractual, cuya finalidad es la conservación y el restablecimiento del equilibrio contractual, el cual puede resultar fuertemente afectado ante los abusos que puede sufrir la parte débil del contrato y en especial el consumidor, si este es establecido mediante un modelo por adhesión con condiciones generales predisuestas por una de las partes –por lo general la parte fuerte contractual–, piénsese por ej. en contratos como los de transporte, bancarios, depósito y seguros.

El proyecto procura proteger el equilibrio de los contenidos contractuales, para evitar que ellos resulten impuestos por una parte fuerte frente a la otra parte –parte débil–, aun en el evento en que dichos contenidos hayan sido negociados de manera individual.

Otra finalidad del proyecto es proteger a las partes de un abuso de posición dominante al dejar la posibilidad al juez, previa petición de la parte afectada con la cláusula restrictiva de responsabilidad, para que determine si una cláusula podrá o no ser invocada y aplicada, pues de resultar ella contraria al equilibrio contractual tendrá que ser declarada nula, dejando a él la facultad para que la cláusula sea revisada a petición de la parte afectada, porque solo ella podrá considerar si el contrato en su contenido le resulta o no favorable y si la cláusula restrictiva de responsabilidad le resulta o no abusiva y desequilibrada.

En el proyecto se ha establecido como uno de los principales criterios de control sobre las cláusulas restrictivas el *desequilibrio significativo*, para hacer referencia a ese desequilibrio irracional o desproporcionado que las cláusulas restrictivas de responsabilidad podrían generar entre las partes del contrato. Un criterio que de por sí aparece como contrario a la buena fe y a la lealtad negocial y por tanto violatorio de los nuevos deberes que impone el derecho contemporáneo como parte de un nuevo orden contractual que ha evolucionado buscando la igualdad, la justicia y la armonía del contrato, pues cuando en un contrato existen cláusulas restrictivas de responsabilidad estas deben estar acompañadas de algún beneficio para la contraparte, como sería un régimen de responsabilidad objetiva aunque aparezca limitado.

De ahí que se sostenga con acierto que las partes deben cumplir con un *deber de moderación* encaminado a la proporcionalidad, que se acompaña al *deber de lealtad*, el cual está relacionado con el *deber de coherencia* para evitar el detrimento de una de las partes, con *la buena fe y la obligación esencial del contrato*, para aparecer como un deber que protegerá de los abusos. Las partes también deberán cumplir con el *deber de cooperación*, como una manifestación de la ética contractual que es expresión del solidarismo contractual a fin de evitar desequilibrios. (Mazeaud D., *Ruptures et permanence dans le droit des contrats*, en *RDC*, 2003, pp. 295, 296 y 310 a 316).

De tal forma, el criterio del equilibrio del contrato entraría a ser una manifestación del criterio de la buena fe, y este último parte del orden público en protección de la actividad económica y la vida en armonía (Castronovo C., *Principi di diritto europeo dei contratti, Parte I y II*, Milano, 2001, p. 301).

El proyecto tampoco descuida la preocupante necesidad de preparar al país ante movimientos de economía de mercado en los cuales, ante la ausencia de un verdadero régimen de protección del consumidor este queda desamparado frente a movimientos integracionistas como el TLC, el Pacto andino y el Mercosur. (AA. VV *Comentarios acerca de los contratos de derecho privado en Colombia –a propósito del TLC y del derecho angloamericano– Valoración civil*, en AA. VV. *Tratado de libre comercio Colombia- Estados Unidos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 205 ss). En efecto, a nivel europeo los mismos movimientos integracionistas llevan a que los proyectos de Códigos tipo para Europa establezcan una normativa específica sobre las cláusulas restrictivas de responsabilidad en los PDEC (Principios de Derecho Europeo de Contratos) y el CEC (Código Europeo de Contratos), hechos por juristas y académicos de toda Europa bajo la metodología de grupos de trabajo y a nivel internacional por Unidroit en los PCCI (Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales) bajo la modalidad de una Comisión de Juristas y Académicos de todo el mundo, de la cual se encuentran miembros de Colombia, y con los cuales se pretenden establecer las bases comunes que permitan dar una solución similar a las problemáticas comunes en sistemas de civil law y common law.

El derecho nacional no ha sido ajeno a las problemáticas mencionadas, pues aunque son actuales ellas han derivado en gran parte del movimiento del *consumismo* iniciado en la época de los años 60 en los Estados Unidos y que de allí se extendería a Europa para reflejarse en el debate iniciado desde la década de los años 90 en la Europa comunitaria en tema de cláusulas abusivas y en los años 70 en tema de los contratos con el consumidor.

En efecto, fruto de lo antes mencionado ha sido la promulgación del Decreto 3466 del 2 de diciembre de 1982, también llamado “Estatuto del Consumidor”, que ha mostrado grandes debilidades, ha sido objeto de críticas y de reciente con dos intentos fallidos de reforma: El primero, propuesto por el gobierno mediante el Ministro de Desarrollo Económico, a través del Proyecto de ley número 115 de 2000 de Cámara (publicado en *G. C.* 450 del 16 de noviembre de 2000, pp. 1 a 12), por el cual se pretendía expedir un nuevo Estatuto del Consumidor y que tendría en su momento aprobación en comisión y plenaria de Cámara, y al pasar al Senado se convertiría en el Proyecto de ley número 262 de 2002 de Senado, pero que con posterioridad se archivaría. El segundo, originario al interior del Congreso por medio del Proyecto 01 de 2003 de Cámara (publicado en *G. C.* num. 270 del 11 de junio de 2004, pp. 1

a 14), que se publicaría con unas modificaciones al texto original en G. C. num. 444 del 28 de agosto de 2003, pp. 6 a 18, aunque al momento actual ya se haya también archivado, presentaba un texto muy similar al de la primera propuesta. Su contenido que se podría catalogar de bien intencionado resulta, sin embargo, bastante ambicioso, en algunas partes impreciso y en otras inconveniente pues al pretender regular en un solo texto la teoría de las condiciones generales de contrato, los contratos de adhesión, la responsabilidad por productos defectuosos, la teoría de los contratos con el consumidor, resultó mezclando una variedad de temas. En cuanto a la teoría de las cláusulas abusivas contractuales presentaba un extenso listado, catalogado por la doctrina especializada como *negro* al establecer una prohibición absoluta que ocasionaría desequilibrios contractuales a favor de la parte débil y en contra de las economías.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que lo correcto parece ser es un listado *gris* con presunciones de abusividad desvirtuables por la parte que maneja mejor el negocio, es decir, por la profesional. Es esta la medida de ajuste la que aparece como la más acertada para los delicados temas objeto de discusión, tal y como se haría con acierto en el primer intento por establecer un control a las cláusulas abusivas en el texto del artículo 133 de la Ley 142 de 1994 sobre servicios públicos. Es por ello que el proyecto que hoy se presenta a discusión retoma el criterio de las *listas grises*, sin ir tampoco al extremo de las listas blancas como el anexo francés del artículo L. 132- 1 del *Code de la Consommation* tan criticado por las doctrinas italiana y francesa como un control débil.

El proyecto que se presenta al honorable Congreso en este momento, pretende regular un tema que parece apropiado que sea reglado en el Código Civil y no como parte de un Estatuto del consumidor, dado que el orden lógico de las cosas resulta ser primero el régimen general y luego el régimen especial. En efecto, desde los años 80 en la legislación nacional se había también intentado regular el tema de las cláusulas restrictivas de responsabilidad, dentro de un proyecto también bastante ambicioso de Código de Derecho Privado Unificado con 1926 artículos que al igual que el Codice civile de 1942 unificaría en Italia el Código Civil y de Comercio, tal proyecto fue de la autoría del notado profesor Arturo Valencia Zea en el año de 1980 y proponía regular el tema de las cláusulas restrictivas de responsabilidad en el artículo 536 de acuerdo con algunos de los acertados derroteros planteados en los escasos estudios de la doctrina y las posiciones de la jurisprudencia a la época.

Proyecto de Código de Derecho Privado artículo 536.

“Cláusulas de exoneración de responsabilidad

“Artículo 536. No son válidas las cláusulas de exoneración o limitación de la responsabilidad del deudor por los hechos que tengan su fuente en el dolo o la culpa grave.

“Tampoco son válidas las cláusulas de exoneración o limitación de la responsabilidad por daños causados a la vida, la salud, el cuerpo u otro derecho de la personalidad.

“Igualmente carecen de eficacia las cláusulas de exoneración o limitación de la responsabilidad en los contratos de adhesión”.

El Proyecto Valencia Zea resultaba acertado en sus dos primeros incisos pero su último inciso era contrario al principio de equilibrio contractual, pues al pretender proteger a la parte débil, termina en cambio por favorecerlo a tal grado que hubiera hecho necesaria una reforma casi inmediata a favor de la parte fuerte, para que se restableciera el equilibrio del contrato por adhesión. Una norma semejante hubiera ocasionado graves efectos económicos, los cuales serían contrarios a la débil economía de las empresas nacionales y en perjuicio de su competitividad internacional, que al permitir la existencia de cláusulas restrictivas de responsabilidad, permitiría ofrecer productos a menor costo y al no ser competitivas de seguro las llevaría a la quiebra.

El Proyecto Valencia Zea pretendía establecer, además, el régimen del contrato de adhesión en su artículo 453 como respuesta a una influencia del régimen Alemán que ha marcado la necesidad de establecer un régimen de control en tema de condiciones generales de contrato. (A. Valencia, *Proyecto de Código de Derecho Privado*, Bogotá, 1980, pp. 12 ss, 63 y 206. O. Usuaga. *Validez de las cláusulas de irresponsabilidad contractual*, cit., p. 183).

El proyecto que se presenta hoy al honorable Congreso busca que el equilibrio sea mantenido bajo el criterio de la validez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad en todo contrato, siempre y cuando dicha validez sea sometida a rigurosos controles y en especial a los de información, aceptación y equilibrio contractual, además de los establecidos como de orden público.

En apoyo a la intención de regular el tema de las cláusulas restrictivas de responsabilidad dentro del Código Civil Colombiano, sirven de ejemplo las posiciones asumidas por los códigos civiles alemán del año 2002 e italiano del año 1942, así como los tres recientes modelos tipo de Códigos de contratos –los PDEC, los CEC y los PCCI–, en los cuales se ha regulado dicho tema al interior de su articulado. En estos códigos incluso se ha hecho mención a los contratos de adhesión con condiciones generales predispuestas y en algunas normas tocan protecciones especiales a los consumidores cuando se enfrentan a las mencionadas cláusulas restrictivas de responsabilidad. En todo caso, en común en el derecho francés, italiano y español, las normas que han otorgado protecciones especiales a los consumidores han sido leyes proferidas con carácter especial, con respecto a las cláusulas abusivas en los contratos del consumidor, la responsabilidad por productos defectuosos que han introducido reformas en tales códigos y hasta han llevado a establecer verdaderos códigos del consumidor como en el caso francés.

La doctrina nacional, no obstante ser en su número inferior a la de países como Francia e Italia, no ha sido indiferente al tema de las cláusulas restrictivas de responsabilidad y expresa su preocupación con respecto a su uso al interior de contratos que pueden resultar desequilibrados (Suescún J., *Derecho privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*, Bogotá, 2003, II. pp. 213 a 234), ha reconocido el acierto como se han aplicado de manera directa por parte de la jurisprudencia nacional, criterios de control sobre el contenido contractual, mediante una aplicación directa de la constitución con la finalidad de evitar que se abuse de la parte débil contractual por la parte fuerte quien ante la ausencia de una legislación civil que regule el tema de las cláusulas restrictivas de manera específica o el tema de las cláusulas abusivas de manera específica, puede establecer, en su favor y sin mayores controles, el contenido del contrato por medio del uso indiscriminado de contratos estándar o mediante formularios y en todo caso con condiciones generales de contrato predispuestas que ante la necesidad en un contrato de adhesión terminan por ser aceptadas por la contraparte.

En el sentido apenas mencionado la jurisprudencia nacional, para proteger el equilibrio contractual, ha aplicado de manera directa el principio de la buena fe, con la finalidad de evitar que al pactarse por las partes el contenido contractual se atente contra derechos fundamentales de la persona. Así lo consideró la honorable Corte Constitucional en sus Sentencias T-375 de 1997, T-307 de 1997, T-533 de 1996 y SU-039 de 1998, todas estas decisiones en favor del equilibrio contractual y el principio del no abuso del derecho.

Por su parte, la jurisprudencia de la honorable Corte Suprema de Justicia ha procurado aplicar un control general contra las cláusulas restrictivas de responsabilidad cuando ellas resulten abusivas y lo ha hecho así, con gran acierto, mediante una aplicación también directa del criterio de la buena fe establecido en la Constitución (CSJ, Cas. Civ., 19 octubre de 1994, Exp. 3972, en G.J., T. CCXXI, pp. 704 ss), aplicando el numeral 1 del artículo 95, el artículo 78, y el inciso 4° del artículo 333 de la misma, con la finalidad que en las relaciones negociales se mantenga la buena fe y se eviten los abusos contractuales de acuerdo a los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio. Esta posición se confirmaría en las sentencias CSJ, Cas. Civ., 29 de enero de 1998, Expediente número 4894, en G.J., T. CCLII, pp. 31 ss, CSJ, Cas. Civ., 27 de marzo de 1998 Expediente número 4798, en G.J., T. CCLII, pp. 634 ss, y CSJ, Cas. Civ., 2 de febrero de 2001, Expediente número 5670, en *Jur y doc*, T. XXX, n. 352, abril de 2001, pp. 595 ss., permitiendo de manera innovadora considerar la buena fe como criterio útil para mantener el equilibrio del contenido del contrato entre las partes.

Es también importante resaltar una reciente sentencia de la Sala Civil de la Corte Suprema que con gran acierto reconoce la necesidad de proteger al contratante débil y en especial la protección especial de que

debe gozar el consumidor (CSJ, Cas. Civ., 3 de mayo de 2005, Exp. num. 5000131030011999-04421-01). Se trata de una decisión que aclara la necesidad de la protección de la parte débil del contrato, en el entendido que no toda parte débil es siempre consumidor, pues para el consumidor se hace necesaria una protección especial y mayor; para llegar a estas conclusiones, la Corte recurre a alguna de la más destacada doctrina chilena, brasileña, española, italiana y argentina.

En tema de cláusulas restrictivas de responsabilidad y con respecto a la jurisprudencia de países como Italia, Alemania, España y Francia, la jurisprudencia nacional ha sido poca —en los últimos cien años no hay más de 50 pronunciamientos—. Un bajo número de acciones tal vez por la falta de información de los derechos que tienen los consumidores o la parte débil contractual y la ausencia de una normativa que marque unos controles que den claridad a las partes débiles de los contratos y a los consumidores y usuarios cuando se presentan cláusulas abusivas y en especial las restrictivas de la responsabilidad. Por su parte, en ámbito latinoamericano las soluciones adoptadas han sido fuertemente influenciadas por los sistemas de derecho europeo, tal y como ocurre con el reciente Código Civil de Brasil y el Código de Perú, cuya vigencia apenas cumplió escasos 20 años; ambos catalogados como los códigos más modernos y recientes de Latinoamérica y en los que el tema de las cláusulas abusivas aparece regulado y dentro de estas las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad.

La jurisprudencia nacional desde 1936 se ha pronunciado sobre la existencia de teorías a favor y en contra de las cláusulas restrictivas de responsabilidad (CSJ, Cas. Civ., 9 de diciembre de 1936, en *G.J.*, T. XLIV, 405 ss) y ha reconocido su validez con base en la libertad contractual (CSJ, Cas. Civ., 31 mayo de 1938, en *G.J.*, T. XLVI, 566 ss). Sin embargo, solo a través de su proceso evolutivo ha considerado algunos criterios de control sobre las cláusulas restrictivas de responsabilidad, acogiendo para ello las teorías francesas. (CSJ, Cas. Civ., 9 diciembre de 1936 cit., CSJ, Cas. Civ., 12 diciembre de 1936, en *G.J.*, T. XLIV, 674 ss). La jurisprudencia ha mostrado como es usual que las cláusulas sobre la responsabilidad se presenten en contratos bancarios de cuenta corriente, de cajillas de seguridad, y de prenda, en los de transporte de personas y mercancías tanto por vía aérea como marítima, en el de depósito de vehículos en estacionamientos y en los contratos de obra estatales. Pero al tiempo las decisiones pueden aparecer al momento actual como discutible y algunas confusas y bastante criticables, en especial cuando ellas parecen pactadas en contratos de depósito (CSJ, Cas. Civ., 6 de marzo de 1972, en *G.J.*, T. CXLII, 98 ss) y en contratos estatales. En este último contrato llama la atención el hecho que el Tribunal Arbitral de la Cámara de Comercio de Bogotá interpreta una cláusula en un sentido al parecer acertado (LA Marzo 4 de 1988, PRODECO-AUXINI Vs CARBOCOL), mientras que el Consejo de Estado por el contrario lo hace en una manera no muy acertada (CE Sec. III, 15 de mayo de 1992, Exp. num. 5326, en *Anales del CE*, T. CXXVII, parte 2, 318 ss), con consecuencias de varios miles de millones de pesos dejados de pagar en una reparación de daños con motivo de una confusa aplicación interpretativa de una cláusula restrictiva de responsabilidad. De reciente se han emitido dos fallos uno en materia de contratos atípicos en especial sobre leasing (CSJ, Cas. Civ., 13 de diciembre de 2002, Exp. num. 6462) y otra última sentencia de Casación Civil más reciente en tema de contratos bancarios (CSJ, Cas. Civ., 1° de septiembre de 2004, Exp. num. 10253), con lo cual se demuestra la actualidad del tema, lo delicado de su tratamiento y la necesidad de su regulación.

No obstante lo acertado de varias de las anteriores posiciones sostenidas por la jurisprudencia, ellas no aparecen como obligatorias y es por ello que se recalca la oportunidad para que sea el legislador quien procure dar claridad sobre los criterios de control a las cláusulas restrictivas de responsabilidad, no solo cuando estas sean catalogadas de abusivas sino de manera más amplia establecer su régimen general de validez, los criterios dentro de los cuales ellas serán válidas, la sanción en caso de superar sus límites de validez, dar precisión conceptual y establecer sin duda la forma como ellas se deben interpretar, todo lo cual permitirá al intérprete que las enfrenta tener unas reglas indiscutibles a las cuales se

deberá someter el análisis de las cláusulas restrictivas de responsabilidad, bien sean limitativas o exonerativas.

El tema es de interés para el legislador, la doctrina y la jurisprudencia por cuanto que la responsabilidad es uno de los pilares del derecho y en especial del derecho de los contratos y las obligaciones al presentarse el incumplimiento y los ilícitos civiles. Las cláusulas sobre la responsabilidad son precisamente una de las formas de establecer una excepción al principio de la reparación integral del daño buscado por la responsabilidad; por lo tanto, el proyecto de ley que se presenta a debate tiene entre sus finalidades apoyar las mejores soluciones que la jurisprudencia nacional y extranjera han dado al afrontar las principales problemáticas que suscita el tema.

Como se señaló en apartes anteriores, algunas veces las cláusulas restrictivas de responsabilidad pueden ser abusivas. En efecto, en la legislación extranjera se han establecido presunciones por las que se considera que ellas pueden ser abusivas, así aparece con acierto en la legislación italiana para cuando las cláusulas restrictivas aparecen pactadas en contratos con los consumidores (Art. 1469 bis y 1469 ter del Codice civile italiano), por el desequilibrio significativo que ellas pueden causar no obstante la buena fe contractual de las partes. A esto el legislador nacional tampoco fue ajeno y en efecto estableció similar presunción de hecho, cuando cláusulas restrictivas de responsabilidad similares son establecidas en los contratos de prestación de servicios públicos, tal y como se planteó con el artículo 133 de la Ley 142 de 1994. Pero, no obstante la buena intención del legislador, hasta el momento se ha mostrado como un control de poca aplicabilidad por la ausencia de pronunciamientos contundentes por parte de las comisiones reguladoras de servicios públicos, como también por la ausencia de decisiones jurisprudenciales de las altas cortes. Tal vez el factor de esta ausencia de pronunciamientos puede derivar de la ausencia de información que se debe dar al usuario sobre las cláusulas restrictivas de responsabilidad, lo cual conlleva a una falta de denuncia y de acción en las comisiones.

Con el proyecto se pretende dar así un paso más en apoyo de la lucha contra las cláusulas abusivas iniciada en la Ley 142 de 1994 y prepara al país ante los avances de una completa regulación a favor del equilibrio contractual, a través de la protección del consumidor y el usuario cuando sea parte en los contratos celebrados con profesionales, pues seguramente en un futuro, bastante cercano, se regulará un Estatuto del consumidor más acorde a las realidades del derecho de contratos y la prestación de servicios.

La buena intención legislativa de la Ley 142 sólo se refirió a los contratos de servicios públicos, al aparecer como un intento que dejó por fuera el resto de la contratación por lo específico del tema tratado en la misma normativa. Por lo tanto, el momento actual aparece como oportuno para regular el tema de las cláusulas restrictivas de responsabilidad cuando ellas aparecen pactadas en los demás contratos, dentro de los cuales se incluyen los contratos civiles y comerciales sean estos nacionales o internacionales, así como en los contratos estatales, para establecer sobre ellas las bases generales sobre su régimen, sin perjuicio de leyes especiales que otorguen una mejor protección a la parte débil contractual en favor del equilibrio del contrato.

Las mayores preocupaciones sobre el tema de las cláusulas restrictivas de responsabilidad, se manifiestan no sólo por lo difícil que puede resultar en la práctica diferenciarlas de otras cláusulas cuyos efectos pueden ser semejantes, como serían la cláusula penal y la cláusula de delimitación del objeto, figuras estas últimas que aunque en principio son cláusulas muy diferentes a las de exoneración y limitación de responsabilidad, desde el punto de vista teórico, en la práctica no es fácil diferenciarlas, por cuanto que con ellas se puede ocasionar el mismo efecto que una cláusula de no responsabilidad o de una cláusula limitativa de responsabilidad así sea de manera indirecta. v. gr., como sería el evento en que las partes al interior del contrato establecieran una cláusula penal no cumulativa irrisoria, o cuando con una cláusula de delimitación del objeto se logre como efecto una reparación ínfima.

Esta es la problemática que se ha planteado en el derecho italiano en tema de seguros y en contratos bancarios, en donde los grupos económicos fuertes han pretendido lograr por medio de leyes emitidas en su

favor que las cláusulas de delimitación del objeto escapen el control de las cláusulas restrictivas, para lograr con una cláusula de delimitación del objeto –como serían las de un supuesto contenido del contrato– verdaderas restricciones a la responsabilidad de manera indirecta; pero por fortuna, en cambio, la jurisprudencia italiana con un criterio considerado como acertado por la doctrina de ese país, ha sometido las cláusulas de delimitación del objeto cuando el efecto que con ella se persigue es en realidad el de una restricción de responsabilidad, a los controles de validez establecidos para las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad.

El derecho francés, a su vez, para solucionar los problemas que la ausencia de una norma que de manera general regule el tema de ambas cláusulas restrictivas de responsabilidad por aplicación de una abundante jurisprudencia somete las cláusulas restrictivas de responsabilidad y las de delimitación del objeto a los mismos controles de validez y mediante la teoría de la obligación esencial, toma por nulas las cláusulas restrictivas de responsabilidad sobre obligaciones esenciales del contrato, como una teoría que surgiría en 1996. Se trata de una teoría que aún se confirma en Francia, pero es de tener en cuenta que esta teoría tuvo su origen en Inglaterra hacia la década de los años 50 y 60 pero que después sería abandonada por inapropiada así como por el hecho de no constituir una regla sustancial.

En el sistema alemán, por su parte, con la reforma al BGB del año 2002 se consagró con acierto que ciertas cláusulas restrictivas de responsabilidad, establecidas dentro de las condiciones generales de contrato, son de por sí prohibidas. En especial, se hace referencia a aquellas que se refieren a daños a la salud o el cuerpo de la persona o por incumplimiento derivado de culpa grave o dolo (§ 309 num 7, 8 y 12) (Canaris C, *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni*, bajo dirección de De Cristofaro G., Padova, 2003, p. 157 a 162).

Otra de las problemáticas que con el proyecto se pretende saldar es la de identificar dentro del concepto de las cláusulas restrictivas de responsabilidad, aquella inquietud referida a la amplia tipología en que dichas cláusulas pueden presentarse, por cuanto es posible clasificarlas como directas e indirectas; por lo tanto, en el proyecto se acoge un criterio amplio que permite establecer una norma aplicable a todas ellas tal como lo establece la doctrina española (N. Alvarez, *Cláusulas restrictivas de responsabilidad civil*, cit., pp. 26 ss M. García, *Cláusulas limitativas...*, cit., pp. 126 ss). Posición que parece además compartida por la doctrina nacional (O. Usuga *Validez de las cláusulas de irresponsabilidad contractual*, cit., pp. 80 ss. C. Vargas, *Aspectos controvertidos de la responsabilidad contractual*, en *Vniversitas*, Bogotá, 2001, n 101, pp. 484 a 486) y que además incluye dentro del régimen de control que para estas se establece a aquellos pactos que tengan de manera oculta los mismos efectos que estas, pudiéndose identificar incluso con su mera aplicación con independencia del nombre que a ellas se otorguen por las partes.

El presente proyecto de ley, de otra parte, busca poner fin a la discusión relacionada con el tipo de sanción que se debe otorgar a la cláusula restrictiva de responsabilidad, que supere los límites de validez impuestos por la ley a la autonomía privada. En efecto, aunque para algunos se propone como sanción la ineficacia de la cláusula, es de tener en cuenta que la ineficacia es inconveniente por ser un criterio muy general que no resulta fácil precisar en la práctica, por ello se considera que se debe preferir el de la invalidez y dentro de este el criterio de la nulidad relativa de la cláusula, pues esta posición permitirá a la parte débil seguir gozando de los beneficios del entero contrato. Posición que además dejará a la voluntad de la parte afectada con la cláusula restrictiva de responsabilidad si ejerce la acción para solicitar al juez que declare nula la cláusula, en el evento que ella como parte interesada y directamente afectada establezca la acción cuando considere que la cláusula por parecer contraria al orden público es manifiestamente perjudicial a sus intereses. Pues dejar de oficio al juez la facultad de decretar la nulidad de la cláusula sería otorgarle amplias facultades que afectarían los intereses de la parte que así ha contratado y para quien la cláusula es irrelevante, además de poner en riesgo la estabilidad y seguridad de la ley contractual, la cual puede ser afectada por el mero arbitrio judicial.

De otra parte, si se mantuviera como sanción la ineficacia esta sería una sanción de considerar como inconveniente, por aparecer como un criterio bastante ambiguo y por ese hecho haría caer al intérprete en imprecisiones. De otra parte que se estableciera el criterio de la nulidad absoluta llegaría a ocasionar casi de inmediato que se declare la nulidad absoluta del contrato, lo cual sería un premio para la parte fuerte al eliminar sus obligaciones y dejar todo como si nada hubiera sucedido, dejando de paso a la parte débil con un interés insatisfecho. Sin embargo aunque aparece el criterio de la nulidad relativa como el apropiado para la cláusula restrictiva que supera sus límites de validez, se deja la posibilidad para que el juez de observar que sin la cláusula restrictiva objeto de discusión, el contrato carecería de sentido para el acreedor (parte débil), pueda también además de declarar la nulidad de la cláusula, determinar la nulidad del entero contrato.

Finalmente, a este respecto es de tener en cuenta que de considerarse como sanción la ineficacia, en la práctica si el juez no declara la nulidad de la cláusula, sus efectos se seguirán aplicando por la parte fuerte, de ahí la necesidad de atacarla con una decisión judicial.

Una última problemática que se pretende resolver es la de precisar sobre qué tipo de cláusulas se hará el control de validez que corresponde a las cláusulas restrictivas de responsabilidad, para ello el proyecto ha optado por un criterio amplio referido, de una parte, a todas aquellas cláusulas contractuales que tengan como objeto la restricción de responsabilidad del deudor y de otra parte, también a aquellas que tengan ese efecto y en todo caso a toda aquella cláusula que sin importar el nombre de su aplicación se derive ese efecto. De esta manera estarán sometidas a sus criterios de control las cláusulas penales no cumulativas irrisorias y las cláusulas de delimitación del objeto que sean establecidas con la finalidad de lograr de manera oculta el mismo efecto que el de una cláusula restrictiva de responsabilidad. Con esta posición, el proyecto trata de dar una respuesta concreta y que se ha considerado acertada en la legislación italiana y francesa, de manera preventiva a una de las mayores problemáticas de desequilibrio contractual a que puede dar lugar el establecimiento de cláusulas sobre la responsabilidad, de acuerdo con críticas planteadas por la doctrina de esos países al analizar el uso de ciertas cláusulas en teoría de delimitación del objeto de los contratos de seguros y bancarios, con la finalidad de lograr una restricción de responsabilidad, pues se trata de una problemática que se podría perfilar en el derecho colombiano también frente a los contratos de seguros y bancarios, en favor del equilibrio normativo del contrato.

Finalmente, como con el proyecto se pretende establecer el régimen general aplicable a toda cláusula que por su objeto o efecto limite o exonere de responsabilidad, deja la posibilidad que con esta norma coexistan otras normas por las cuales se establezca un régimen especial para las cláusulas restrictivas de responsabilidad, cuando ellas aparecen dentro de un tipo particular de contrato, por el cual se establezcan controles mayores de validez o aparezcan derogaciones puntuales a la norma general, pero en todo caso de existir vacíos o dudas, la norma general de ser compatible con la especial será aplicable, o más aún en caso de ausencia de régimen especial, será de gran utilidad. Es por ello que de acuerdo con el artículo 2° de este proyecto de ley, de entrar en vigor esta reforma al Código Civil, en los términos aquí planteados, no puede derogar los regímenes especiales que existen para las cláusulas restrictivas de responsabilidad en contratos específicos; por el contrario, en tal evento permanecerá aplicable el régimen especial y ante sus vacíos se aplicará el régimen general que actuará a título complementario.

Beneficios y finalidades sociales del proyecto

Analizadas las problemáticas que se han presentado en forma sucinta, el proyecto busca proteger el equilibrio del contrato de las injusticias y abusos que una de las partes puede cometer sobre la otra. En especial, si se está ante un contrato de adhesión o ante un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor-usuario. El proyecto permitirá que la parte débil goce de herramientas jurídicas que le brinden la oportunidad de restablecer el equilibrio del contrato cuando sus intereses resulten vulnerados de manera irracional o significativa, pues en presencia de cláusulas restrictivas de responsabilidad se hace necesaria una protección que debe ser establecida por la ley con carácter de orden público. Así

se hace al establecer, de una parte, su régimen de interpretación como restrictivo, por cuanto que una cláusula restrictiva de responsabilidad solo puede limitar o exonerar la responsabilidad del deudor para el evento establecido y no para otro. De otra parte, en los contratos con el consumidor se pretende establecer una presunción de abusividad de hecho que aunque no admite derogación convencional, sí es posible que el deudor beneficiado con la cláusula desvirtúe dicha abusividad aportando la prueba del equilibrio contractual que se persigue, pues si existe una contraprestación racional en el contrato nada se opone a que la cláusula restrictiva de responsabilidad sea catalogada de lícita y con plena eficacia por no contrariar el orden público.

No se podría pensar que con el proyecto se busca proteger a una de las partes del contrato en este caso la débil solo por ese hecho de ser débil desde el punto de vista económico frente al otro, pues la verdadera intención del proyecto es proteger el equilibrio contractual que puede verse gravemente afectado al emplearse en los contratos cláusulas restrictivas de responsabilidad y más si ellas resultan predispuestas por una de las partes dentro de las condiciones generales de un contrato celebrado por módulos o formularios dentro de los parámetros de un contrato de adhesión y más aún si este es celebrado con consumidores o usuarios. En efecto, si en el proyecto se hubiera establecido una presunción de derecho sobre la abusividad de las cláusulas restrictivas de responsabilidad, ello podría llevar a un desequilibrio totalmente contrario, representado en el hecho de desproteger a la parte fuerte del contrato, quien se vería irracionalmente afectado por la alteración del justo equilibrio del mismo.

Por otra parte, mantener la ausencia de un control sobre cláusulas restrictivas de responsabilidad equivaldría a condenar al consumidor o usuario a los frecuentes abusos de la parte fuerte contractual, pero eliminar la validez de principio de las cláusulas restrictivas de responsabilidad, equivaldría a condenar las empresas de un país en vías de desarrollo a la quiebra, pues se volverían incompetentes ante los altos costos en que un régimen de responsabilidad absoluto reflejaría en el elevado precio de los productos. Es precisamente el equilibrio justo y real del contrato lo que el proyecto pretende restablecer, proteger y mantener en beneficio de la sana competencia empresarial, el desarrollo del país y la protección de la parte débil del contrato, lo que se refleja en el equilibrio normativo del contrato, pues los intereses económicos son negociables, en cambio no lo son los derechos fundamentales de las personas.

De forma simultánea el proyecto tiene entre sus fines, proporcionar al intérprete unas reglas claras e inequívocas, que utilizará al momento de determinar cuándo las cláusulas restrictivas de responsabilidad como criterio amplio son válidas y cuándo en cambio no lo son. Esto hará también posible que el intérprete se concentre sobre el concepto de cláusula restrictiva, por cuanto hoy en día la variedad de formas como las cláusulas restrictivas se presentan depende con exclusividad de la voluntad de las partes, quienes pueden establecer cláusulas cuyo efecto oculto sea el de una cláusula de exoneración o limitación de responsabilidad, como puede ocurrir con aquellas referidas a la restricción del ejercicio de los derechos del acreedor derivados del incumplimiento, la reducción de términos de prescripción, las cláusulas sobre las garantías, sobre la carga de la prueba, sobre el patrimonio del deudor al eludir el principio por el cual el patrimonio del deudor es prenda general del acreedor, y el establecimiento de una cláusula por la cual la competencia de los conflictos se deje de manera exclusiva a la justicia arbitral como sería en el evento en que lo que se pretenda sean cuantías pequeñas sin que resulten, por ejemplo, compensadas con un régimen objetivado de responsabilidad.

El proyecto procura establecer en el derecho nacional, de manera clara, los límites de validez dentro de los cuales las cláusulas restrictivas son plenamente eficaces, y reconocer su validez de principio, al ser una excepción al principio de la reparación integral del daño.

El proyecto de manera sana pretende someter a un mismo criterio de control ambos tipos de cláusulas restrictivas sean estas de exoneración o de limitación de responsabilidad, pues aunque se reconozca que ellas son dos tipos de un mismo género, ambas pueden recaer de similar manera sobre todos los efectos que derivan del incumplimiento o del hecho ilícito. La responsabilidad es un criterio tan amplio que permite que las

cláusulas restrictivas de responsabilidad recaigan sea sobre las condiciones y efectos de la responsabilidad, como sobre el quantum indemnizable. Es así como la reforma que se plantea en el proyecto permitirá desde ya sanear futuras discusiones conceptuales al establecer un régimen único aplicable a toda cláusula restrictiva de responsabilidad tal y como hasta ahora con acierto lo han hecho la jurisprudencia colombiana y los regímenes foráneos y modelos de unificación del derecho que sirven de base al proyecto.

Se ha manifestado en doctrina francesa e italiana una fuerte crítica a algunas posiciones que de manera poco argumentada consideran que el régimen de responsabilidad extracontractual es de orden público. Nada se opone a que en la práctica se puedan pactar cláusulas restrictivas de responsabilidad extracontractual, pues cosa diferente es que puedan aparecer pactadas aunque si raras veces para eventos de responsabilidad extracontractual, como ocurre en las relaciones constantes entre vecinos, pues la posibilidad de que ellas se puedan pactar es un hecho probable, de ahí que el proyecto acoja estas discusiones y someta las cláusulas restrictivas de responsabilidad contractual y extracontractual a los límites de validez de las primeras, tal y como se ha considerado en el derecho italiano y español. (J. SANTOS, *La responsabilidad civil*, Madrid, 1993, I, p. 38. B. Starck, *Observations sur le régime juridique des clauses de non responsabilité ou limitatives de responsabilité*, cit., p. 159. G. Viney.- P. Jourdain, *Les effets de la responsabilité*, cit., p. 410. G. Ceccherini, *Responsabilità per fatto degli ausiliari Clauseole di esonero da responsabilità artt 1228-1229*, cit, pp. 200 a 205).

A la norma que se pretende introducir con este proyecto, se ha otorgado un carácter de orden público, en especial con respecto a los controles que se han establecido sobre la validez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad. Lo anterior con el fin de evitar que de manera mal intencionada se puedan derogar por pacto entre las partes los límites de validez establecidos para las cláusulas restrictivas de responsabilidad, por cuanto que ello sería contrario a la buena fe y a la lealtad negocial.

Se trata de una norma acorde con las nuevas tendencias del derecho contemporáneo que pretenden mantener el equilibrio entre la actividad económica y las responsabilidades de los profesionales de la actividad con respecto a los usuarios y consumidores. Es también una norma acorde con la mayoritaria posición por la que se reconoce que el criterio de orden público, al igual que el de las buenas costumbres y la moral, están sometidos a una permanente y cambiante evolución del tiempo, lo cual les permite adaptarse a la realidad y permanecer como un criterio siempre vigente.

El proyecto al pretender proporcionar a las partes y al intérprete reglas claras a aplicar de manera general a todo pacto que persiga como efecto una restricción de la responsabilidad del deudor, evitará que el intérprete al afrontar su estudio se vea en la necesidad de recurrir de manera insegura a algunos de los diferentes criterios que hasta ahora es posible identificar, recurriendo a un análisis sistemático de muchas normas del ordenamiento, por cuanto que a veces de la interpretación de ellas se derivan algunas confusiones. Es así como el intérprete con base en los artículos 16, 63, 1604, 1616, 1624, 1519, 1522, 1740 a 1743 del C. C., 897, 899 y 902 del C. Co., los artículos 13, 23, 24 lit. d), num. 5, 28, 39, 40, 47 de la Ley 80 de 1993, el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 y el artículo 133 de la Ley 142 de 1994, hallan el fundamento de validez y los controles a que las cláusulas objeto del presente proyecto se deben someter.

Es por ello que con el proyecto se busca establecer un régimen general único aplicable a todo el derecho privado de los contratos y a la contratación estatal, en el cual la sanción a la cláusula que supere sus límites de validez consistirá en su total nulidad relativa. Esta acción permitirá la nulidad total de la cláusula y de manera excepcional la del entero contrato, con el objetivo de acabar con la incertidumbre que plantea el hecho de si la sanción que deberá recaer sobre la cláusula restrictiva de responsabilidad ilegal, deberá consistir en una ineficacia o en una nulidad y si es una nulidad de qué tipo. Esta como una posición consagrada dentro del régimen único que será aplicable a todos los eventos en que se pacten cláusulas restrictivas de responsabilidad contractual o extracontractual.

Una aproximación al derecho comparado con la experiencia europea y en particular con los derechos español, francés e italiano, como se ha hecho en la parte motiva, permite que de manera especial el proyecto logre en tema de cláusulas sobre la responsabilidad:

1. Modernizar el Código Civil, al reconocer dentro del derecho privado la categoría especial de los contratos del consumidor y para este tipo de contratos reconozca mayores controles de validez al pactarse cláusulas restrictivas de responsabilidad.

2. Otorgar un mecanismo de protección real para el contratante débil frente al contratante fuerte que impone las condiciones generales de contrato y dentro de estas en un contrato estándar o de adhesión o por formularios cláusulas restrictivas de su responsabilidad, en beneficio del equilibrio contractual.

3. Evitar que de manera arbitraria se le niegue o limite al acreedor, su derecho a una reparación en principio integral.

4. Procurar que el contratante débil o desapercibido sea informado de manera previa de las cláusulas que le podrán afectar su derecho a la reparación integral en caso de incumplimiento o de comisión de hechos ilícitos civiles.

5. Mantener la competitividad de todas las empresas, pero de forma simultánea amparar también la responsabilidad que deriva del incumplimiento o de la comisión de un ilícito civil dentro de un justo equilibrio.

6. Preparar a las empresa nacionales frente a la competitividad de las empresas que entrarán en el mercado nacional como consecuencia de tratados de libre comercio y que al tiempo las empresas extranjeras respeten un mínimo de derechos que se han otorgado con carácter de orden público a los nacionales.

7. Crear un clima de confianza frente a la contratación por adhesión, al garantizar la responsabilidad de la parte que predispone el contenido del contrato.

8. Permitir que algunas cláusulas sobre la delimitación del objeto del contrato, cuya finalidad podría ser en forma potencial una restricción de responsabilidad, como serían aquellas referidas a las garantías, y a los hechos constitutivos de caso fortuito o fuerza mayor, como también las cláusulas penales irrisorias no cumulativas, puedan ser sometidas a los rigurosos controles de validez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad cuando se logre determinar que su efecto real es el de una restricción de responsabilidad.

9. Establecer una norma que regule el tema de las cláusulas restrictivas de responsabilidad en caso de que en materia de contratación internacional la legislación de un contrato internacional permita que se aplique el derecho nacional, esto con la finalidad de proteger a los nacionales al evitar que a ellos les sean aplicadas, a causa del vacío del derecho interno normas de otros sistemas de derecho. V. gr., en tema de compraventa internacional la Convención de Viena de 1980 deja al derecho interno de los países contratantes la normativa aplicable en tema de cláusulas restrictivas de responsabilidad.

En conclusión, por todo lo expresado en la parte motiva del presente proyecto, se aspira y anhela en beneficio de toda la sociedad de manera directa:

1. Restablecer y mantener las condiciones de igualdad y justicia entre los contratantes, así como evitar que se atente contra sus derechos fundamentales a la salud e integridad sico-física (preámbulo y arts. 11 y 44 de la C. P.).

2. Garantizar el derecho a la igualdad y a la justicia entre los contratantes, de acuerdo con lo establecido en el preámbulo y el artículo 13 inciso 3°, de la C. P.

3. Garantizar el derecho a la información que se debe suministrar al público frente a un bien o servicio que le es ofrecido, en particular al régimen de la responsabilidad que se derive por daños a la salud de consumidores y usuarios (C. P. artículo 78).

4. Mantener el respeto por los derechos ajenos sin que se abuse de los propios y proteger los Derechos Humanos (num. 1 y 4 artículo 95 C. P.).

5. Evitar en beneficio del bien común abusos de la actividad económica (inc. 4° artículo 333 C. P.).

6. Velar por el mantenimiento de la buena fe en la celebración de los contratos tal y como está establecido por el artículo 83 C. P. y los Códigos Civil (art. 1603) y de Comercio (art. 871).

Miguel Pinedo Vidal,
Senador de la República.

SENADO DE LA REPUBLICA
SECRETARIA GENERAL

Tramitación de Leyes

Bogotá, D. C., 17 de agosto de 2006

Señora Presidenta:

Con el fin de que se proceda a repartir el Proyecto de ley número 90 de 2006 Senado, *por la cual se adiciona al Código Civil Colombiano el artículo 1604 Bis, referido al régimen general de las cláusulas restrictivas de responsabilidad*, me permito pasar a su despacho el expediente de la mencionada iniciativa que fue presentada en el día de hoy ante Secretaría General. La materia de que trata el mencionado proyecto de ley es competencia de la Comisión Primera Constitucional Permanente, de conformidad con las disposiciones reglamentarias y de ley.

El Secretario General honorable Senado de la República,

Emilio Otero Dajud.

PRESIDENCIA DEL HONORABLE SENADO
DE LA REPUBLICA

Bogotá, D. C., 17 de agosto de 2006

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

Cúmplase.

La Presidenta del honorable Senado de la República,

Dilian Francisca Toro Torres.

El Secretario General del honorable Senado de la República,

Emilio Otero Dajud.

* * *

PROYECTO DE LEY NUMERO 91 DE 2006 SENADO

por medio de la cual se honra la memoria del ilustre colombiano José Vicente Gual Acosta, asignándole su nombre a un inmueble público.

El Congreso de la República de Colombia

DECRETA:

Artículo 1°. La República de Colombia honra la memoria y exalta la vida y nombre del ilustre colombiano *José Vicente Gual Acosta*, quien con sacrificio y denuedo, interpretando cabalmente las necesidades y las miserias de los justiciables, con imparcialidad, responsabilidad, rectitud e irrestricto amor por su egregio oficio, entregó treinta y cuatro años de su vida al noble ejercicio de dispensar justicia.

Artículo 2°. Como homenaje perenne a su memoria acójase el nombre de *José Vicente Gual Acosta*, como nombre para el nuevo inmueble donde en la actualidad funcionan conjuntamente el Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, el Honorable Tribunal Contencioso Administrativo del Magdalena, el honorable Consejo Seccional de la Judicatura y la Administración Judicial, ubicado en Santa Marta en la calle 20 número 2A-20.

Artículo 3°. La Alcaldía del Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta hará las apropiaciones presupuestales pertinentes de la presente vigencia fiscal, para la ejecución de los gastos que demande la elaboración en caracteres visibles y la posterior instalación sobre la parte exterior de la entrada principal del edificio de la siguiente inscripción:

Edificio nuevo del Palacio de Justicia

José Vicente Gual Acosta.

Artículo 4°. Autorícese al Gobierno Distrital para concurrir a la conservación y mantenimiento de la citada inscripción.

Artículo 5°. La presente ley rige a partir de su publicación en el *Diario Oficial* y deroga todas las normas que le sean contrarias.

Miguel Pinedo Vidal,
Senador de la República.

EXPOSICION DE MOTIVOS

Don José Vicente Gual Acosta, oriundo de la ciudad de Ciénaga, Magdalena, se destacó siempre por ser un gran penalista, dedicado docente universitario y ejercer con altura, hasta su muerte y por espacio de treinta y cuatro años, una de las más ilustres labores como Juez de la República de Colombia. Labor en la cual se inició como destacado juez municipal y siguió escalando exitosamente como juez promiscuo, juez de circuito, Director Seccional de Instrucción Criminal para la Costa Atlántica, hasta alcanzar la dignidad de Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Santa Marta, cargo que desempeñó desde el año 1985 hasta el día de su fallecimiento.

El doctor Gual Acosta administró cumplida justicia y mostró siempre un inconmesurable respeto por la labor judicial. Su aporte en la administración de justicia y en la docencia universitaria, estuvo siempre caracterizado por una recia personalidad, aquilatada con sus estudios, su experiencia profesional y su base científica, fundamentada no sólo en el conocimiento, sino también, en el sentimiento.

A lo largo de su brillante trayectoria de servicio al país fue galardonado por la honorable Corte Suprema de Justicia como uno de los mejores Magistrados de Colombia en el año 1985; en los años 1992 y 1994 formó parte de la delegación designada por la honorable Corte Suprema de Justicia para que representara al país en el curso de capacitación sobre el Sistema Penal Acusatorio de Estados Unidos, celebrado en Puerto Rico e impartido por el Gobierno de los Estados Unidos; su memoria fue exaltada como insigne jurista de la Universidad Externado de Colombia, por su labor como profesor universitario (Decreto 232 del 24 agosto de 2005 emitido por el señor Gobernador del Magdalena), por su rectitud, su insigne servicio, su conducta ejemplar, honestidad, eficiencia, por haber ejercido con decoro la administración de justicia a favor de la democracia y para que su legado profesional sirviera de ejemplo a los samarios y magdalenenses (Decreto 162 del 24 agosto de 2005 emitido por el señor Alcalde del Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta).

El honorable Consejo Superior de la Judicatura asignó al viejo edificio del Palacio de Justicia el nombre de *José Eduardo Gnecco Correa*, a través de la elaboración de un busto y una placa ubicados al interior del mismo; sin embargo, el nuevo edificio del Palacio de Justicia de Santa Marta no posee en la actualidad ninguna denominación; por lo tanto, es la ocasión para que la memoria del también ilustre colombiano *José Vicente Gual Acosta* sea honrada, asignándole su nombre al inmueble donde funciona el nuevo edificio del Palacio de Justicia de Santa Marta.

Hónrese la memoria y exáltese la vida y nombre del ilustre colombiano don José Vicente Gual Acosta, como testimonio permanente de altivez, de rectitud moral y de bondad humana.

De los honorables congresistas,

Miguel Pinedo Vidal,
Senador de la República.

SENADO DE LA REPUBLICA

Secretaría General (art. 139 y ss Ley 5ª de 1992)

El día 17 del mes de agosto del año 2006 se radicó en este despacho el Proyecto de ley número 91, con todos y cada uno de los requisitos constitucionales y legales, por el honorable Senador *Miguel Pinedo Vidal*.

El Secretario,

Emilio Otero Dajud.

SENADO DE LA REPUBLICA

SECRETARIA GENERAL

Tramitación de Leyes

Bogotá, D. C., 17 de agosto de 2006

Señora Presidenta:

Con el fin de que se proceda a repartir el Proyecto de ley número 91 de 2006 Senado, *por medio de la cual se honra la memoria del ilustre*

colombiano José Vicente Gual Acosta, asignándole su nombre a un inmueble público, me permito pasar a su despacho el expediente de la mencionada iniciativa que fue presentada en el día de hoy ante Secretaría General. La materia de que trata el mencionado proyecto de ley, es competencia de la Comisión Segunda Constitucional Permanente, de conformidad con las disposiciones reglamentarias y de ley.

El Secretario General del honorable Senado de la República,

Emilio Otero Dajud.

PRESIDENCIA DEL HONORABLE SENADO DE LA REPUBLICA

Bogotá, D. C., 17 de agosto de 2006

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

Cúmplase.

La Presidenta del honorable Senado de la República.

Dilian Francisca Toro Torres.

El Secretario General del honorable Senado de la República,

Emilio Otero Dajud.

* * *

PROYECTO DE LEY NUMERO 92 DE 2006 SENADO

por la cual se establece el procedimiento sancionatorio ambiental.

El Congreso de la República

DECRETA:

TITULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1°. *Titularidad de la potestad sancionatoria en materia ambiental.* El Estado es el titular de la potestad sancionatoria en materia ambiental y la ejerce a través del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, las corporaciones autónomas regionales, las de desarrollo sostenible, las unidades ambientales de los grandes centros urbanos a que se refiere el artículo 66 de la Ley 99 de 1993, los establecimientos públicos ambientales a que se refiere el artículo 13 de la Ley 768 de 2002 y la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales, Uaesppn, de conformidad con las competencias establecidas por la ley y los reglamentos.

Artículo 2°. *Facultad a prevención.* El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, las corporaciones autónomas regionales, las de desarrollo sostenible y las unidades ambientales de los grandes centros urbanos, los departamentos, los municipios y distritos están investidos a prevención de la autoridad ambiental competente, de funciones policivas para la imposición y ejecución de medidas preventivas establecidas en la ley.

Artículo 3°. *Principios rectores.* Al procedimiento sancionatorio ambiental son aplicables los principios constitucionales y legales que rigen las actuaciones administrativas y los principios ambientales prescritos en el artículo 1° de la Ley 99 de 1993.

TITULO II

LAS INFRACCIONES EN MATERIA AMBIENTAL

Artículo 4°. *Ambito de aplicación.* El procedimiento sancionatorio ambiental se aplicará en el territorio nacional por las autoridades ambientales competentes a las personas naturales y jurídicas que infrinjan, por acción u omisión, las normas expedidas en materia ambiental.

Artículo 5°. *Infracciones.* Se considera infracción en materia ambiental, toda acción u omisión que constituya violación de las normas contenidas en el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables –Decreto-ley 2811 de 1974–, en la Ley 99 de 1993, en la Ley 165 de 1994, y en las demás disposiciones sobre la materia, en las que los sustituyan o modifiquen y en los actos administrativos emanados de la autoridad ambiental.

Artículo 6°. *Causales de atenuación de la responsabilidad en materia ambiental.* Son circunstancias atenuantes en materia ambiental las siguientes:

1. Confesar a la autoridad ambiental la infracción antes de haberse iniciado el procedimiento sancionatorio. Se exceptúan los casos de flagrancia.

2. Resarcir o mitigar por iniciativa propia el daño, compensar o corregir el perjuicio causado antes de iniciarse el procedimiento sancionatorio ambiental, siempre que con dichas acciones no se genere un daño mayor.

3. Que con la infracción no exista daño al medio ambiente, a los recursos naturales, al paisaje o la salud humana.

Artículo 7°. *Causales de agravación de la responsabilidad en materia ambiental.* Son circunstancias agravantes en materia ambiental las siguientes:

1. Reincidencia

2. Que la infracción genere daño irreversible al medio ambiente, a los recursos naturales, al paisaje o a la salud humana.

3. Cometer la infracción para ocultar otra.

4. Rehuir la responsabilidad o atribuirla a otros.

5. Infringir varias disposiciones legales con la misma conducta.

6. Atentar contra recursos naturales ubicados en áreas protegidas, o declarados en peligro de extinción, o sobre los cuales existe veda, restricción o prohibición.

7. Realizar la acción u omisión en áreas de especial importancia ecológica.

8. Obtener provecho económico para sí o un tercero.

9. Obstaculizar la acción de las autoridades ambientales.

Artículo 8°. *Eximentes de responsabilidad.* Son eximentes de responsabilidad los eventos de fuerza mayor o caso fortuito de conformidad con la definición de los mismos contenida en la Ley 95 de 1890.

Artículo 9°. *Caducidad de la acción.* La acción sancionatoria en materia ambiental caducará a los cinco (5) años contados desde el día de su consumación o desde la realización del último acto, para las infracciones de carácter continuado. Cuando son varias las conductas investigadas en un proceso, la caducidad de las acciones se cumple independientemente para cada una de ellas. La caducidad será declarada de oficio o a petición de parte, mediante acto administrativo motivado.

Artículo 10. *Pérdida de fuerza ejecutoria.* Las sanciones impuestas y no ejecutadas perderán fuerza ejecutoria en los términos del artículo 66 del Código Contencioso Administrativo o las normas que lo sustituyan o adicionen.

TITULO III

PROCEDIMIENTO PARA LA IMPOSICION DE MEDIDAS PREVENTIVAS

Artículo 11. *Iniciación del procedimiento para la imposición de medidas preventivas.* Una vez conocido el hecho, de oficio o a petición de parte, la autoridad ambiental competente procederá a comprobarlo y a establecer la necesidad de imponer medidas preventivas.

Comprobada la necesidad de imponer una medida preventiva, la autoridad ambiental procederá a imponerla mediante acto administrativo motivado.

Parágrafo 1°. Las autoridades ambientales podrán comisionar la ejecución de medidas preventivas a las autoridades administrativas y de la fuerza pública o hacerse acompañar de ellas para tal fin.

Parágrafo 2°. En los casos en que una medida preventiva sea impuesta a prevención por cualquiera de las autoridades investidas para ello, dará traslado de las actuaciones en un término máximo de cinco (5) días hábiles a la autoridad ambiental competente y compulsará copias de la actuación surtida para continuar con el procedimiento a que haya lugar.

Parágrafo 3°. En el evento de decomiso preventivo se deberán poner a disposición de la autoridad ambiental los individuos y especímenes aprehendidos, productos, medios e implementos decomisados, o bien, del acta mediante la cual se dispuso la destrucción, incineración o en-

trega para su uso o consumo por tratarse de elementos que representen peligro o perecederos que no puedan ser objeto de almacenamiento y conservación, en los términos del artículo 45 de la presente ley.

Artículo 12. *Procedimiento para la imposición de medidas preventivas en caso de flagrancia.* En los eventos de flagrancia que requieran la imposición de una medida preventiva en el lugar y ocurrencia de los hechos, se procederá a levantar un acta en la cual constarán los motivos que la justifican, la autoridad que la impone, lugar, fecha y hora de su fijación; funcionario competente; persona, proyecto, obra o actividad a la cual se impone la medida preventiva. El acta será suscrita por el presunto infractor o, si se rehusare a hacerlo, se hará firmar por un testigo.

Para ese fin deberá expedirse acto administrativo en el cual queden claramente establecidos los términos, condiciones y obligaciones bajo los cuales se efectúa dicha disposición provisional.

Artículo 13. *Continuidad de la actuación.* Impuesta una medida preventiva, se procederá a evaluar si existe mérito para iniciar el procedimiento sancionatorio.

En caso contrario se levantará dicha medida una vez se compruebe que desaparecieron las causas que la motivaron.

TITULO IV

PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO

Artículo 14. *Indagaciones preliminares.* Las indagaciones preliminares tienen por objeto determinar si existe mérito para iniciar el procedimiento sancionatorio en caso contrario se proferirá auto inhibitorio.

Artículo 15. *Iniciación del procedimiento sancionatorio.* El procedimiento sancionatorio se adelantará de oficio, a petición de parte o como consecuencia de haberse impuesto una medida preventiva, en tal caso, mediante acto administrativo motivado, que se comunicará en los términos de la Ley 99 de 1993, se dispondrá el inicio del procedimiento sancionatorio para verificar los hechos u omisiones constitutivas de infracción a las normas ambientales. En casos de flagrancia o confesión se procederá a recibir descargos.

Artículo 16. *Notificaciones.* En las actuaciones sancionatorias ambientales las notificaciones se surtirán en los términos del Código Contencioso Administrativo.

Artículo 17. *Intervenciones.* Iniciado el procedimiento cualquier persona podrá intervenir para aportar pruebas o auxiliar al funcionario competente cuando sea procedente en los términos de los artículos 69 y 70 de la Ley 99 de 1993. Se contará con el apoyo de las autoridades de policía y de las entidades que ejerzan funciones de control y vigilancia ambiental.

Artículo 18. *Remisión a otras autoridades.* Si los hechos materia del procedimiento sancionatorio fueren constitutivos de delito, falta disciplinaria o de otro tipo de infracción administrativa, la autoridad ambiental pondrá en conocimiento a las autoridades correspondientes de los hechos y acompañará copia de los documentos pertinentes.

Parágrafo. La existencia de un proceso penal, disciplinario o administrativo, no dará lugar a la suspensión del procedimiento sancionatorio ambiental.

Artículo 19. *Verificación de los hechos.* La autoridad ambiental competente podrá realizar todo tipo de diligencias administrativas como visitas técnicas, toma de muestras, exámenes de laboratorio, mediciones, caracterizaciones y todas aquellas actuaciones que estime necesarias y pertinentes para determinar con certeza los hechos constitutivos de infracción y completar los elementos probatorios.

Artículo 20. *Cesación de la actuación.* Cuando aparezca plenamente demostrado que el hecho investigado no ha existido, que el presunto infractor no lo cometió, que la actividad está legalmente amparada o autorizada, así será declarado mediante acto administrativo motivado y se ordenará cesar todo procedimiento contra el presunto infractor, el cual deberá ser notificado de dicha decisión. La cesación de procedimiento solo puede declararse antes del auto de formulación de cargos excepto en el caso de fallecimiento del infractor. Dicho acto administrativo deberá ser publicado en los términos del artículo 71 de la Ley 99 de 1993 y contra

él procede el recurso de reposición en las condiciones establecidas en los artículos 51 y 52 del Código Contencioso Administrativo.

Artículo 21. *Formulación de cargos.* Cuando exista mérito para continuar con la investigación la autoridad ambiental competente mediante acto administrativo debidamente motivado procederá a formular cargos contra el presunto infractor de la normatividad ambiental.

Parágrafo. Cuando la conducta esté determinada y el presunto infractor individualizado, la autoridad ambiental competente obviará la realización de las diligencias señaladas en los artículos 14 y 15 de la presente ley, y procederá, en el mismo acto administrativo por el cual ordena la apertura de la investigación, a formular el correspondiente pliego de cargos.

Artículo 22. *Descargos.* Dentro de los diez días hábiles siguientes a la notificación del pliego de cargos al presunto infractor, este directamente, o mediante apoderado debidamente constituido, podrá presentar descargos por escrito y aportar o solicitar la práctica de las pruebas que estime pertinentes y que sean conducentes.

Parágrafo. Los gastos que ocasione la práctica de una prueba serán a cargo de quien la solicitó y si son varias o si se decretan de oficio, se distribuirán en cuotas iguales entre todos los interesados.

Artículo 23. *Práctica de pruebas.* Vencido el término indicado en el artículo anterior, la autoridad ambiental ordenará la práctica de las pruebas que hubieren sido solicitadas de acuerdo con los criterios de conducencia, pertinencia y necesidad. Además ordenará de oficio las que considere necesarias. Las pruebas ordenadas se practicarán en un término de treinta (30) días, el cual podrá prorrogarse por una sola vez y hasta el mismo término, si en el inicial no se hubieren podido practicar.

Parágrafo. Contra el acto administrativo que niegue la práctica de pruebas solicitadas procede el recurso de reposición. La autoridad ambiental competente podrá comisionar en otras autoridades la práctica de las pruebas decretadas.

Artículo 24. *Determinación de la responsabilidad y sanción.* Dentro de los quince días hábiles siguientes a la presentación de los descargos o al vencimiento del período probatorio, según el caso, mediante acto administrativo motivado, se declarará la responsabilidad del infractor y se impondrán las sanciones que sean del caso.

Parágrafo. En el evento de hallarse probado alguno de los supuestos previstos en los artículos 8° y 20 de la presente ley con respecto a alguno o algunos de los presuntos infractores, mediante acto administrativo debidamente motivado se declarará a los presuntos infractores, según el caso, exonerados de toda responsabilidad y, de ser procedente, se ordenará el archivo del expediente.

Artículo 25. *Notificación.* El acto administrativo que ponga fin a un proceso sancionatorio ambiental deberá ser notificado al interesado y a los terceros intervinientes debidamente reconocidos, en los términos y condiciones señalados en el Código Contencioso Administrativo.

Artículo 26. *Publicación.* El acto administrativo que ponga fin a un proceso sancionatorio ambiental será publicado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley 99 de 1993.

Artículo 27. *Recursos.* Contra el acto administrativo que ponga fin a una investigación sancionatoria ambiental, proceden los recursos de reposición y apelación, los cuales deberán ser interpuestos en los términos y condiciones señalados en el Código Contencioso Administrativo.

Parágrafo. Los actos administrativos proferidos en desarrollo del procedimiento sancionatorio ambiental quedarán en firme cuando, vencido el término de su ejecutoria, no se ha interpuesto recurso alguno o este ha sido negado y cuando los recursos interpuestos se hayan resuelto.

Artículo 28. *Medidas compensatorias.* La imposición de una sanción no exime al infractor del cumplimiento de las medidas que la autoridad ambiental competente estime pertinente establecer para compensar y restaurar el daño o el impacto causado por el infractor.

TITULO V

MEDIDAS PREVENTIVAS Y SANCIONES

Artículo 29. *Carácter de las medidas preventivas.* Las medidas preventivas son de ejecución inmediata, tienen carácter preventivo y transitorio,

surten efectos inmediatos, contra ellas no procede recurso alguno y se aplicarán sin perjuicio de las sanciones a que hubiere lugar.

Artículo 30. *Levantamiento de las medidas preventivas.* Las medidas preventivas se levantarán de oficio o a petición de parte, cuando se compruebe que han desaparecido las causas que las originaron.

Artículo 31. *Tipos de medidas preventivas.* El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, las corporaciones autónomas regionales, las de desarrollo sostenible y las unidades ambientales de los grandes centros urbanos, los establecimientos públicos que trata la Ley 768 de 2002 y la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales impondrán al infractor de las normas ambientales, mediante acto administrativo motivado y de acuerdo con la gravedad de la infracción alguna o algunas de las siguientes medidas preventivas:

1. Amonestación escrita.
2. Decomiso preventivo de productos, elementos, medios o implementos utilizados para cometer la infracción.
3. Aprehensión preventiva de especímenes de fauna y flora silvestres.
4. Suspensión de obra o actividad cuando pueda derivarse daño o peligro para el medio ambiente, los recursos naturales, el paisaje o la salud humana o cuando el proyecto, obra o actividad se haya iniciado sin permiso, concesión, autorización o licencia ambiental o ejecutado incumpliendo los términos de los mismos.

5. Realización de estudios y evaluaciones necesarias para establecer los daños, efectos e impactos causados por la infracción así como las medidas necesarias para mitigarlos o compensarlos, en un término perentorio.

Parágrafo. Los costos en que incurra la autoridad ambiental por la imposición de las medidas preventivas, como estudios, almacenamiento, transporte, vigilancia, parqueadero, destrucción, demolición, entre otros, serán a cargo del infractor.

Artículo 32. *Amonestación escrita.* Consiste en la llamada de atención escrita a quien presuntamente ha infringido las normas ambientales sin poner en peligro grave la integridad o permanencia de los recursos naturales, el paisaje o la salud de las personas. La amonestación puede incluir la asistencia a cursos obligatorios de educación ambiental. El infractor que incumpla la citación al curso será sancionado con multa equivalente a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Artículo 33. *Decomiso y aprehensión preventivos.* Consiste en la aprehensión material y temporal de los especímenes de fauna y flora silvestres, y el decomiso de productos, elementos, medios o implementos utilizados para cometer la infracción ambiental.

Cuando los elementos aprehendidos representen peligro para la salud humana, vegetal o animal, la autoridad ambiental procederá de inmediato a su inutilización, destrucción o incineración a costa del infractor. Los productos perecederos que no puedan ser objeto de almacenamiento y conservación podrán ser entregados para su uso o consumo a entidades públicas, de beneficencia o rehabilitación, previo concepto favorable de la entidad sanitaria competente en el sitio en donde se hallen los bienes objeto del decomiso. En caso contrario, se procederá a su destrucción o incineración, previo registro del hecho en el acta correspondiente.

Artículo 34. *Suspensión de obra, proyecto o actividad.* Consiste en la orden de cesar, por un tiempo determinado que fijará la autoridad ambiental, la ejecución de un proyecto, obra o actividad cuando de su realización pueda derivarse daño o peligro a los recursos naturales, al medio ambiente, al paisaje o la salud humana, o cuando se haya iniciado sin contar con la licencia, permiso, concesión o autorización, o cuando se incumplan los términos, condiciones y obligaciones establecidas en las mismas.

Artículo 35. *Realización de estudios y evaluaciones.* Consiste en imponer al presunto infractor la obligación de realizar en un término perentorio, una serie de estudios que permitan a la autoridad ambiental establecer la naturaleza y características de los daños, efectos e impactos causados con su acción u omisión; así como las medidas necesarias para mitigarlas, corregirlas o compensarlas.

Artículo 36. *Sanciones.* Las sanciones señaladas en este artículo se impondrán como principales o accesorias al responsable de la infracción ambiental. El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, las corporaciones autónomas regionales, las de desarrollo sostenible, las unidades ambientales de los grandes centros urbanos, los establecimientos públicos que trata la Ley 768 de 2002 y la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales impondrán al infractor de las normas ambientales, de acuerdo con la gravedad de la infracción mediante resolución motivada, alguna o algunas de las siguientes sanciones:

1. Multas diarias hasta por 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes.
2. Cierre temporal o definitivo del establecimiento, edificación o servicio.
3. Revocatoria o caducidad de licencia, autorización, concesión, permiso o registro.
4. Demolición de obra a costa del infractor.
5. Decomiso definitivo de productos, elementos, medios o implementos utilizados para cometer la infracción.
6. Restitución de especímenes de especies de fauna y flora silvestres.
7. Trabajo comunitario según condiciones establecidas por la autoridad ambiental.

Parágrafo. La imposición de las sanciones aquí señaladas no exime al infractor de ejecutar las obras o acciones ordenadas por la autoridad ambiental competente, ni de restaurar el medio ambiente, los recursos naturales o el paisaje afectados. Estas sanciones se aplicarán sin perjuicio de las acciones civiles, penales y disciplinarias a que hubiere lugar.

Artículo 37. *Mérito ejecutivo.* Los actos administrativos expedidos por las autoridades ambientales que impongan sanciones pecuniarias prestan mérito ejecutivo y su cobro se hará a través de la jurisdicción coactiva.

Parágrafo. El valor de las sanciones pecuniarias impuestas por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial ingresará a una subcuenta especial del FONAM.

Artículo 38. *Multa.* Consiste en el pago de una suma de dinero que la autoridad ambiental impone a quien con su acción u omisión infringe las normas ambientales.

Artículo 39. *Cierre temporal o definitivo del establecimiento, edificación o servicio.* Consiste en poner fin a las actividades o tareas que en ellos se desarrollan, por la existencia de hechos o conductas contrarias a las disposiciones ambientales. Es temporal, si se impone por un determinado período de tiempo, y es definitivo, cuando así se indique o no se fije un límite en el tiempo.

El cierre podrá imponerse para todo el establecimiento, edificación o servicio, o solo para una parte o proceso que se desarrolle en él. Una vez en firme el acto administrativo a través del cual se impone una sanción de cierre temporal o definitivo, no podrá adelantarse actividad alguna en la edificación, establecimiento o servicio. Si el cierre recae sobre una parte del establecimiento, edificación o servicio no podrá adelantarse la actividad específica en la zona, área o sección cerrada. En uno u otro caso el sancionado podrá desarrollar lo necesario para el necesario mantenimiento del inmueble.

La autoridad ambiental competente deberá tomar las medidas pertinentes para la ejecución de la sanción, y se hará efectiva mediante la imposición de sellos, bandas u otros medios apropiados para asegurar el cumplimiento de la sanción.

Artículo 40. *Revocatoria o caducidad de la licencia, permiso, concesión, autorización o registro.* Consiste en dejar sin efectos los actos administrativos a través de los cuales se otorgó la licencia, permiso, autorización, concesión o registro.

Artículo 41. *Demolición de obra.* Consiste en la destrucción a costa del infractor de una obra bajo parámetros técnicos establecidos por la autoridad competente en los casos a que hubiere lugar.

Artículo 42. *Decomiso definitivo de productos, elementos, medios o implementos utilizados para cometer la infracción.* Consiste en la aprehensión material y definitiva de los individuos o especímenes de fauna y flora silvestre, productos, elementos, medios e implementos utilizados para infringir las normas ambientales.

Artículo 43. *Restitución de especímenes de especies silvestres.* Consiste en la aprehensión material de los individuos, especímenes y/o muestras de especies silvestres nativas que se hayan aprovechado, movilizado, transformado y/o comercializado sin la autorización ambiental respectiva o con violación de las disposiciones ambientales que regulan la materia.

Parágrafo. Los costos en que se incurra con ocasión de la restitución de especies silvestres y su manejo posterior, serán a cargo del infractor. En todos los casos en que se haga efectiva la medida especial de restitución, las autoridades ambientales competentes deberán imponer las medidas preventivas y sancionatorias a que haya lugar.

Artículo 44. *Trabajo comunitario en materia ambiental.* Con objeto de incidir en el interés del infractor por la preservación del medio ambiente, los recursos naturales y el paisaje, la autoridad ambiental podrá imponer la sanción de trabajo comunitario en materias ambientales, a través de su vinculación temporal en alguno de los programas, proyectos y/o actividades que la autoridad ambiental tenga en curso directamente o en convenio con otras autoridades.

Parágrafo. El Gobierno Nacional reglamentará las actividades y procedimientos que conlleva la sanción de trabajo comunitario en materia ambiental y la medida preventiva de asistencia a cursos obligatorios de educación ambiental como parte de la amonestación.

TITULO VII

DISPOSICION FINAL DE ESPECIMENES DE FAUNA Y FLORA SILVESTRE RESTITUIDOS

Artículo 45. *Disposición provisional en materia de aprehensión preventiva de especímenes de especies de flora y fauna silvestres.* En los eventos de decomiso preventivo en los cuales la autoridad ambiental no cuente con las instalaciones, infraestructura o equipos necesarios para mantener en forma adecuada los individuos o especímenes de fauna y flora silvestres, utilizados en la comisión de la infracción ambiental, se procederá a ubicarlos provisionalmente en Centros de Atención y Valoración, CAV, hogares de paso, zoológicos, jardines botánicos u otros sitios aptos para tal efecto.

Artículo 46. *Destrucción o inutilización.* En los eventos en que los especímenes de fauna y flora silvestres, productos, implementos, medios y elementos objeto de aprehensión representen riesgo para la salud humana, animal o vegetal, o se encuentren en estado de descomposición o amenacen en forma grave al medio ambiente o los recursos naturales, la autoridad ambiental competente determinará el procedimiento adecuado para su destrucción o inutilización, previo levantamiento y suscripción de acta en el cual consten tales hechos para efectos probatorios.

Artículo 47. *Disposición final de fauna y flora silvestre restituidos.* Impuesta la restitución de especies silvestres, la autoridad ambiental competente mediante acto administrativo debidamente motivado podrá disponer de los individuos o especímenes de fauna y/o flora utilizados para cometer la infracción en cualquiera de las siguientes alternativas.

En materia de fauna silvestre

1°. **Liberación.** Siempre y cuando existan los elementos de juicio que permitan determinar que los especímenes objeto de liberación y el ecosistema en el cual serán liberados no sufrirían un daño o impacto mayor que el beneficio que pueda presentar su liberación. Bajo ninguna circunstancia, las especies exóticas podrán ser objeto de esta medida.

2°. **Disposición en centro de atención y valoración.** En los eventos en los que no sea factible la liberación de los individuos, las autoridades ambientales competentes podrán disponer de estos, en los centros de atención y valoración de la fauna y flora silvestre, especialmente creados para esos efectos. La fauna y flora silvestre pertenecen a la Nación, por consiguiente el Gobierno Nacional destinará los recursos necesarios de su presupuesto para el sostenimiento de los centros de Atención y Valoración de Fauna y Flora silvestres.

3°. **Destrucción, incineración y/o inutilización.** En los casos en que el material animal objeto de decomiso represente riesgos para la salud humana, animal o vegetal, la autoridad ambiental competente dispondrá el procedimiento adecuado para su destrucción o inutilización. De igual forma se procederá en los casos en los que se haya efectuado decomiso de pieles, pelos, carne, colmillos, garras y otros productos de origen animal.

4°. **Entrega a zoológicos, red de amigos de la fauna.** La autoridad ambiental competente podrá colocar a disposición de zoológicos, de centros creados por la red de amigos de la fauna, establecimientos afines y entidades públicas que tengan como finalidad la investigación y educación ambiental, en calidad de tenedores, los especímenes que no sean objeto de liberación o de disposición en los centros de atención y valoración.

5°. **Entrega a zocriaderos.** Los individuos que a juicio de la autoridad ambiental competente tengan la calidad para ser o llegar a ser pie parental, pueden ser objeto de disposición en calidad de tenencia, en zocriaderos que manejen la especie en cuestión y que se encuentren legalmente establecidos, con la condición de preservarlos, no venderlos ni donarlos.

6°. **Tenedores de fauna silvestre.** Cuando la autoridad ambiental considere que el decomiso de especímenes vivos de fauna silvestre implica una mayor afectación para dichos individuos, podrá o permitir que sus actuales tenedores los conserven y mantengan, para lo cual deberán registrarse previamente ante la autoridad ambiental y cumplir las obligaciones que esta determine.

En materia de flora silvestre

1°. **Disposición al medio natural.** Si los especímenes de flora silvestre nativa tienen las condiciones necesarias para regresar al medio natural sin sufrir menoscabo o daño, la autoridad ambiental previo estudio lo dispondrá. Bajo ningún motivo podrán liberarse especímenes de flora exótica en el medio natural.

2°. **Disposición en Centros de Atención y Valoración, CAV.** Cuando sea factible la disposición al medio natural de los individuos, la autoridad ambiental ubicará a estos en los centros de atención y valoración de fauna y flora silvestres creados para estos efectos.

3°. **Destrucción, incineración o inutilización.** Cuando el material vegetal decomisado represente peligro para la salud humana, animal o vegetal, la autoridad ambiental dispondrá el procedimiento adecuado para su destrucción o inutilización.

4°. **Entrega a jardines botánicos, red de amigos de la flora.** La autoridad ambiental competente podrá colocar a disposición de jardines botánicos, de centros creados por la red de amigos de la fauna, establecimientos afines y entidades públicas que tengan como finalidad la investigación y la educación ambiental, en calidad de tenedores, los especímenes que no sean objeto de disposición al medio natural o en los Centros de Atención y Valoración, CAV.

5°. **Entrega a viveros.** Los individuos que a juicio de la entidad ambiental pueden ser entregados en tenencia a aquellos viveros, legalmente establecidos, que manejen la especie debidamente, con la condición de preservarlos, no venderlos ni donarlos.

6°. **Entrega a entidades públicas.** Los productos maderables pueden ser puestos a disposición de entidades públicas para facilitar el cumplimiento de sus funciones estatales.

Parágrafo. En el acto administrativo de disposición final de fauna y flora silvestre y demás elementos restituidos se establecerán clara y expresamente las obligaciones de quien los recepciona y de la autoridad ambiental. El incumplimiento de dichas obligaciones dará lugar a la revocatoria del acto. El acta de recibo correspondiente será suscrita por ambas partes. Se podrá acordar quién será titular de los resultados de las investigaciones o productos obtenidos a partir de dichos elementos. En ningún caso los elementos restituidos podrán ser comercializados o donados. Los costos incurridos serán a cargo del infractor y podrán ser transferidos a la persona natural o jurídica encargada de la manutención

de los individuos. El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial reglamentará lo dispuesto en el presente artículo.

TITULO VIII

DISPOSICIONES FINALES

Artículo 48. *Apoyo de las entidades públicas y de las autoridades de policía.* Cuando las circunstancias lo requieran, otras entidades públicas y las autoridades de policía deberán ofrecer su apoyo y acompañamiento a las autoridades ambientales.

Artículo 49. *Extensión del procedimiento.* Las sanciones contempladas en los artículos 28, 39 y 35 de la Ley 47 de 1993 para el departamento archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina continúan vigentes, con el procedimiento adoptado en la presente ley.

Artículo 50. *Transición de procedimientos.* El procedimiento dispuesto en la presente ley es de ejecución inmediata. Los procesos sancionatorios ambientales en los que se hayan formulado cargos al entrar en vigencia la presente ley, continuarán hasta su culminación con el procedimiento del Decreto 1594 de 1984.

Artículo 51. *Reglamentación interna.* Con fundamento en las disposiciones aquí contenidas, las autoridades ambientales establecerán mediante acto administrativo motivado la distribución interna de funciones y responsabilidades para tramitar los procedimientos sancionatorios ambientales en el área de su jurisdicción.

Artículo 52. *Vigencia.* La presente ley rige a partir de su promulgación, deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, en especial el Capítulo XI, artículos 116 y ss. del Decreto 948 de 1995 y subroga los artículos 83 a 86 de la Ley 99 de 1993.

Germán Vargas Lleras,

honorable Senador de la República.

EXPOSICION DE MOTIVOS

La Ley 99 de 1993 no desarrolló un procedimiento para la imposición de medidas preventivas y sanciones, sino que se limitó a señalar que el procedimiento para ese efecto, es el contemplado en el Decreto 1594 de 1984 o el estatuto que lo modifique o sustituya.

El Decreto 1594 de 1984 es un decreto reglamentario del Código Sanitario (Ley 9ª de 1979) y del Código de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente (Decreto-ley 2811 de 1974) en lo relacionado con los usos del agua y residuos líquidos.

Con dicha remisión, se unificaron las medidas preventivas y las sanciones existentes en materia ambiental y se estableció un solo procedimiento para la imposición de dichas medidas preventivas y sanciones, por cuanto, con anterioridad a la expedición de dicha norma, existía un procedimiento por cada recurso natural; vg. Decreto 1541 de 1978 en materia de aguas no marítimas, Decreto 1608 de 1978 en materia de fauna silvestre, decreto 1681 de 1978 en lo concerniente con los recursos hidrobiológicos, Decreto 02 de 1982 en cuanto a emisiones atmosféricas, Decreto 1594 de 1984 en materia de aguas y residuos líquidos.

A raíz de lo anterior, las autoridades ambientales han identificado situaciones como las siguientes:

1. El énfasis se centra en la salud pública y en el recurso agua, desconociendo la existencia de los demás recursos naturales y la especialidad que implica el manejo de los impactos y efectos negativos que se generan alrededor del medio ambiente y los recursos naturales renovables, por fuera del contexto de salud pública, aspecto este que está radicado en cabeza de otras entidades estatales.

2. Radica la competencia en cabeza del Ministerio de Salud, de entidades relacionadas con el ramo y en las entidades encargadas del manejo y administración del recurso, cuando en la actualidad existen unas entidades especialmente creadas para ese fin, lo cual excluye al Ministerio de Salud y a las Secretarías de Salud.

3. Consagra sanciones, que no son consideradas como tales por la Ley 99 de 1993, de tal forma que dicha situación genera confusión, caso de la amonestación escrita.

4. No contempla directrices para la disposición de los especímenes de la fauna y de la flora silvestres que son objeto de aprehensión.

5. No establece de manera clara la posibilidad de imponer más de una sanción en virtud del tipo de infracción y la gravedad de la falta.

6. Señala como sanción el cierre temporal, cuando esta situación coincide con la medida preventiva de suspensión de actividades.

La Corte Constitucional en reiteradas ocasiones se ha pronunciado al respecto, en ese sentido a través de la Sentencia C-492/02 del 26 de junio de 2002. Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño, entre otros aspectos consideró:

“De este modo, el ejercicio del poder de policía se realiza a través de la expedición de la ley para delimitar derechos constitucionales de manera general y abstracta, y establecer las reglas que permiten su específica y concreta limitación para garantizar el control del orden público; mientras que con la función de policía se hace cumplir la ley por medio de actos administrativos y de acciones policivas.

En síntesis, se puede afirmar que la Corte Constitucional frente a la función de proteger el orden público tiene como criterio de distinción:

El poder de policía lo ejerce, de manera general, el Congreso de la República por medio de la expedición de leyes que reglamentan el ejercicio de la libertad cuando este trasciende el ámbito privado e íntimo. Este poder también es ejercido en forma excepcional, por el Presidente de la República en los estados de guerra exterior, conmoción interior y emergencia.

La función de policía es ejercida por las autoridades de la rama ejecutiva (como los alcaldes e inspectores) en cumplimiento de competencias determinadas por la ley.

En consecuencia, la función de policía además de los límites constitucionales y de derecho internacional de los derechos humanos se encuentra sometida al principio de legalidad, a la eficacia y necesidad del uso del poder, a la proporcionalidad y razonabilidad de las medidas adoptadas, y al respeto del principio de igualdad, porque las medidas de policía no pueden traducirse en discriminaciones injustificadas de ciertos sectores de la población.

De otra parte, es pertinente destacar que mediante Sentencia C-710/01 del 5 de julio de 2001, la Corte Constitucional declaró exequible el parágrafo 3° del artículo 85 de la Ley 99 de 1993 el cual remite expresamente que para la imposición de medidas preventivas y sanciones, debe acudirse al procedimiento consagrado en el Decreto 1594 de 1984, y que en el estatuto que lo modifique o sustituya, solamente puede ser ejercida por el legislador, es decir a través de una ley. En ese sentido, se estima factible el otorgamiento de facultades extraordinarias al presidente de la república para establecer el procedimiento sancionatorio.

Por lo anterior, se requiere establecer con claridad las medidas preventivas y sancionatorias que se pueden imponer en materia ambiental y otorgar facultades extraordinarias al Presidente de la República para establecer el procedimiento que permita su imposición y además lo relacionado con la medida especial de decomiso.

Atendiendo que para la imposición de medidas preventivas y sancionatorias en materia ambiental, en virtud del principio de legalidad debe existir definición previa sobre los siguientes aspectos:

- Identificación de las conductas sancionables en una norma previa (tipicidad)
- Identificación previa de las medidas preventivas y de las sanciones para el infractor de las normas ambientales (artículo 85 Ley 99 de 1993)
- Autoridad competente para su imposición (autoridades ambientales)
- Sujetos sancionables (infractores de las normas ambientales)
- Procedimiento aplicable (actualmente en el Decreto 1594 de 1984)
- Garantías a los investigados (derecho de defensa, presunción de inocencia, aportar y controvertir pruebas) (artículo 29 C. P., Decreto 1594 de 1984, C.C.A.).

Objetivos generales

1. Declarar la titularidad del poder sancionatorio administrativo en cabeza del Estado representado, en este caso, por las autoridades ambientales y establecer un procedimiento especial ágil en materia ambiental con términos breves y reglas prácticas en materia de flagrancia.

2. Limitar la competencia a prevención de las entidades territoriales con un mecanismo ágil para trasladar la actuación a las autoridades ambientales.

3. Establecer un término de caducidad específico para la acción sancionatoria ambiental.

4. Determinar criterios y circunstancias de agravación y atenuación de la responsabilidad del infractor y circunstancias de justificación de la conducta.

5. Incorporar la sanción de restitución de las especies silvestres en lugar del decomiso de los mismos en virtud de la figura del dominio eminente del Estado sobre el territorio, los recursos naturales renovables, así como los demás elementos ambientales que se encuentren dentro del territorio nacional (artículos 42 y 43 del CNRN, Sentencia C-126/98).

6. Consagrar el apoyo y acompañamiento de todas las entidades públicas y de las autoridades de policía para las actuaciones en los procesos sancionatorios en materia ambiental.

La creación de un procedimiento ambiental claro y expedito, no sólo facilitará el ejercicio de las funciones sancionatorias en dicho ámbito, sino que adicionalmente permitirá al investigado ejercer de manera adecuada su derecho de defensa.

Germán Vargas Lleras,

Honorable Senador de la República.

SENADO DE LA REPUBLICA

Secretaría General (art. 139 y ss. Ley 5ª de 1992)

El día 17 del mes de agosto del año 2006 se radicó en este despacho el Proyecto de ley número 92, con todos y cada uno de los requisitos constitucionales y legales, por el honorable Senador *Germán Vargas Lleras*.

El Secretario,

Emilio Otero Dajud.

SENADO DE LA REPUBLICA

SECRETARIA GENERAL

Tramitación de Leyes

Bogotá, D. C., 17 de agosto de 2006

Señora Presidenta:

Con el fin de que se proceda a repartir el Proyecto de ley número 92 de 2006 Senado, *por la cual se establece el procedimiento sancionatorio ambiental*, me permito pasar a su despacho el expediente de la mencionada iniciativa que fue presentada en el día de hoy ante Secretaría General. La materia de que trata el mencionado proyecto de ley, es competencia de la Comisión Quinta Constitucional Permanente, de conformidad con las disposiciones reglamentarias y de ley.

El Secretario General del honorable Senado de la República,

Emilio Otero Dajud.

PRESIDENCIA DEL HONORABLE SENADO
DE LA REPUBLICA

Bogotá, D. C., 17 de agosto de 2006

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

Cúmplase.

La Presidenta del honorable Senado de la República.

Dilian Francisca Toro Torres.

El Secretario General del honorable Senado de la República,

Emilio Otero Dajud.

PROYECTO DE LEY NUMERO 93 DE 2006 SENADO

por la cual se establecen incentivos a la conservación y al uso sostenible de la diversidad biológica.

El Congreso de la República

DECRETA:

Artículo 1°. *Objeto.* La presente ley tiene por objeto establecer incentivos para el manejo de prácticas productivas sostenibles en los predios rurales dirigidas a la conservación y el uso perdurable de la diversidad biológica.

Artículo 2°. *Aplicabilidad.* Los incentivos que en la presente ley se establecen son aplicables a todas las personas naturales y jurídicas que sean propietarios privados, propietarios colectivos y no propietarios en el territorio nacional, que manejen con criterios de desarrollo sostenible sus predios rurales.

Artículo 3°. *Clases de incentivos a la conservación.* De conformidad con la Política Nacional de Biodiversidad, los incentivos están dirigidos a fomentar la conservación de ecosistemas naturales y evitar su transformación. Se clasifican en fiscales, financieros-tecnológicos y sociales:

a) **Fiscales.** Tasas compensatorias por el uso del agua y de aprovechamiento forestal, tasa de reposición y repoblación de zoocriaderos, tasa por uso de biodiversidad y variables ambientales en la asignación del situado fiscal a los municipios. Eliminación de aranceles e impuestos para equipos y actividades de investigación científica dirigida a la conservación y la utilización sostenible de la biodiversidad;

b) **Financieros y tecnológicos.** Para las actividades de fomento al uso sostenible de la biodiversidad créditos blandos para sistemas productivos sostenibles asociados a la pequeña y mediana producción, experimentación, investigación y comercialización; Con el apoyo de las autoridades ambientales y Finagro, programas de formación, capacitación, intercambios y transferencia de tecnologías de producción más limpia y reforestación.

c) **Sociales.** Se refiere a la titulación de predios a aquellas familias que se dedican a actividades agropecuarias amigables con la conservación de los ecosistemas naturales y el uso sostenible de la diversidad biológica.

Parágrafo. El Gobierno Nacional reglamentará las características y procedimientos para acceder a cada uno de estos estímulos a la conservación.

Artículo 4°. *Recursos.* Además de los recursos asignados en el Plan Nacional de Desarrollo, se dispondrán recursos provenientes de cooperación internacional, del sector privado y los canalizados a través del Ecofondo y el Fonam para proyectos de la sociedad civil.

Artículo 5°. *Tipos de beneficiarios de los incentivos a la conservación.* Pueden ser beneficiarios de incentivos a la conservación, todas las personas naturales o jurídicas en cuyos predios rurales se desarrollen prácticas productivas sostenibles para los valores naturales presentes y que cuenten con un plan de manejo monitoreado por la autoridad ambiental competente.

Artículo 6°. *Incentivos a la conservación para propietarios privados y colectivos.* Las personas naturales o jurídicas propietarias de predios rurales interesadas en la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica tienen derecho a solicitar uno o más de los siguientes incentivos:

a) Compensación por el uso del agua o el aprovechamiento forestal de los recursos naturales ubicados al interior de su predio;

b) Tasa de reposición y repoblación de zoocriaderos;

c) Tasa por uso de biodiversidad;

d) Eliminación de aranceles para la importación de equipos de investigación para la conservación de la biodiversidad;

e) Exenciones y descuentos al IVA y retención en la fuente a las actividades de investigación científica para la conservación de la biodiversidad;

f) Financiación, formación, capacitación, intercambios y transferencia de tecnologías de producción más limpia y programas de reforestación y

ecoturismo para sistemas productivos sostenibles asociados a la pequeña y mediana producción, experimentación, investigación y comercialización.

Artículo 7°. *Incentivos a la conservación para no propietarios.* Las familias interesadas en la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica en predios rurales de los cuales no sean propietarios, tienen derecho a solicitar uno o más de los siguientes incentivos:

a) Titulación del predio a cargo del Incoder, previos requisitos (permanencia en el sitio, no existan demandas pendientes sobre el predio) y procedimiento reglamentado por el Gobierno Nacional;

b) Compensación por el uso del agua o el aprovechamiento forestal de los recursos naturales ubicados al interior de su predio;

c) Tasa de reposición y repoblación de zoocriaderos y la tasa por uso de biodiversidad;

d) Financiación, formación, capacitación, intercambios y transferencia de tecnologías de producción más limpia y programas de reforestación para sistemas productivos sostenibles asociados a la pequeña y mediana producción, experimentación, investigación y comercialización.

Artículo 8°. *Criterios para estimular la conservación en predios rurales.* Los criterios para determinar si los predios califican a los incentivos ofrecidos son:

a) Se mantiene la integridad ecológica de ecosistemas nativos;

b) Se protegen elementos de la biodiversidad en riesgo de extinción;

c) Se propician y obtienen beneficios económico-sociales y de conservación de biodiversidad;

d) Se preservan prácticas tradicionales de producción consideradas sostenibles;

e) Se propicia la conservación, producción y regulación de agua, en especial, cuerpos de agua utilizados en sistemas de riego o abastecedores de acueductos;

f) Actividades de restauración ecológica, prácticas agroforestales o silvopastoriles, proyectos de uso sostenible de la biodiversidad tendientes a la recuperación de los ecosistemas;

Parágrafo. El Gobierno Nacional reglamentará, con fundamento en los criterios enumerados en este artículo, el procedimiento para la clasificación, calificación, planificación, selección y seguimiento del predio rural que accede a los incentivos.

Artículo 9°. *Reglamentación.* El Gobierno Nacional establecerá el reglamento para que las autoridades ambientales adecuen internamente las normas de la presente ley.

Artículo 10. *Vigencia.* La presente ley rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga las normas que le sean contrarias.

Germán Vargas Lleras,

Honorable Senador de la República.

EXPOSICION DE MOTIVOS

La diversidad biológica suministra materias primas para las actividades productivas y extractivas, ofrece servicios ecosistémicos para la existencia de hábitats naturales y actividades humanas, proporciona satisfacción cultural e incide sobre los niveles de bienestar social a los grupos humanos según la calidad de los vínculos que culturalmente han establecido con la naturaleza.

Los bosques y otros ecosistemas pueden influenciar la cantidad y calidad del flujo de agua, y por lo tanto proporcionar servicios extremadamente valiosos para los consumidores de agua, sistemas de irrigación, plantas generadoras de energía hidroeléctrica, mantenimiento de pesquerías y más. En el pasado, tales servicios no han sido valorados o han sido extremadamente subvalorados para los dueños de los predios que conservan estos ecosistemas de importancia hídrica. En la mayor parte de casos, los mercados para servicios de agua tienden a estar localizados. A corto plazo, los pagos por servicios relacionados con el agua son probablemente tratos aislados específicos a través de los cuales usuarios específicos pagan a productores específicos por servicios relacionados

con el agua de una cuenca específica. El potencial de tales pagos es bueno en locaciones donde hay una gran demanda de recursos de agua y los beneficios a los compradores del servicio sean claros. A largo plazo, probablemente el proceso requiera la creación de mercados más grandes para tales servicios.

Un sistema de pagos por servicios de agua debe identificar y cuantificar los servicios de agua, identificar beneficiarios clave y cobrarles por los servicios de agua, desarrollar sistemas de pago que funcionen para alcanzar el cambio deseado en el uso sostenible de la tierra, e implementar las condiciones institucionales que hacen posibles los pagos.

El éxito de estas medidas orientadas a evitar los problemas de degradación y pérdida de ecosistemas y biodiversidad como resultado de la deforestación, la desertificación y la invasión de la agricultura y cosechas ilegales en tierras forestales se debe relacionar, principalmente, con una amplia participación en la planificación e implementación del proyecto. Las comunidades locales, las ONG, las autoridades ambientales regionales, departamentos y municipalidades deben cofinanciar los proyectos, aumentando el sentido de propiedad y compromiso. Es estratégico iniciar un proceso de monitoreo y evaluación efectivo que permita la cuantificación de los beneficios cualitativos sociales y ambientales.

Desde 1992, instancias gubernamentales y la sociedad civil en Colombia, han trabajado para definir diversos tipos de incentivos a la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica. Desde la Constitución Política, los Convenios Internacionales, las leyes y las políticas públicas vigentes, se ha manifestado la disposición del Estado y los particulares para establecer un sistema de incentivos orientado a estimular a aquellos productores que consideran estratégico para sus predios rurales reservar importantes áreas para la conservación y el uso sostenible.

En el convenio de diversidad biológica, Colombia se ha comprometido a cooperar en el suministro de apoyo financiero y de otra naturaleza para la conservación *in situ*, no obstante hasta la fecha todas estas intenciones se han aplazado. Diversas instituciones como el Departamento Nacional de Planeación, la Unidad de Parques Nacionales y el Instituto Humboldt, han liderado desde 1998, con otras instituciones privadas, el desarrollo de incentivos a la conservación y el uso sostenible de la biodiversidad (I Seminario Cajicá, noviembre de 1999). En el segundo seminario de herramientas para la conservación privada en Colombia, organizado en Bogotá en octubre de 2003, por la WWF, Fundación Natura, Asociación Red Colombiana de Reservas Naturales de la Sociedad Civil, The Nature Conservancy y USAID, con la participación de la Unidad de Parques y el Instituto Humboldt, se ha destacado que en Colombia el 15% de la tenencia de la Tierra estaba en manos de lo público y el 85% en manos de la propiedad privada, lo que parece explicar el arraigo de los pueblos latinoamericanos por su dominio privado y manejar a su antojo estas tierras, por lo que hay que potenciar los mecanismos de conservación orientados a los propietarios privados.

Es una obligación del Estado y de las personas la preservación del patrimonio natural de la Nación (Constitución Política, artículo 8°). Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica. El Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. (Constitución Política artículos 79 y 80). También es deber del Estado promover el acceso progresivo a la propiedad de las tierras de los trabajadores agrarios. Colombia se ha obligado con la comunidad internacional a fomentar la cooperación entre autoridades y comunidades en la elaboración de métodos para la utilización sostenible de los recursos biológicos; y que cada Nación adoptará medidas económica y socialmente idóneas que actúen como incentivos para la conservación y la utilización sostenible de los componentes de la diversidad biológica (Ley 165 de 1994; Resolución COP/IV/10).

La Política Nacional de Biodiversidad, aprobada por el Consejo Nacional Ambiental (1995), estableció como principio que los beneficios derivados del uso de los componentes –tangibles e intangibles– de la biodiversidad deben ser utilizados de manera justa y equitativa en forma concertada con la comunidad. Esta política pública le indica al Gobierno Nacional (Minhacienda, Minambiente y DNP) que debe elaborar

una propuesta detallada de incentivos para la estrategia de un Sistema Nacional de Áreas Protegidas. Se trata de incentivos que fomenten la conservación de ecosistemas y desestimen su transformación. Han de incluir reformas a las tasas de aprovechamiento forestal y el desarrollo de tasas compensatorias, la puesta en marcha del Certificado de Incentivo Forestal de Conservación y la inclusión de variables ambientales en la asignación del situado fiscal a los municipios.

Para las actividades de fomento al uso sostenible de la biodiversidad, la política nacional de biodiversidad menciona créditos blandos para sistemas productivos sostenibles asociados a la pequeña y mediana producción, experimentación, investigación y comercialización; tecnologías de producción más limpia o programas de reforestación. Y estudiar la eliminación de aranceles e impuestos para equipos de investigación. Además de los recursos asignados en el Plan Nacional de Desarrollo, se dispondrán recursos provenientes de cooperación internacional, el sector privado y los canalizados a través de Ecofondo para proyectos de la sociedad civil.

El Código de Recursos Naturales dispuso medidas que han de tener en cuenta los propietarios de predios rurales para la conservación de los recursos naturales presentes en su inmueble (agua, suelo, fauna y flora), los mandatos de la Nueva Constitución de 1991 consagran la participación de las comunidades en las medidas ambientales que han de afectarlas. Lo anterior conlleva a un manejo concertado y conjunto (Ley 99 de 1993) de la gestión por la conservación ambiental en Colombia. Desde la ley civil existen mecanismos legales que permiten compensar a los propietarios de predios por dedicarlos parcial o totalmente a la conservación. El Código Civil establece diversas figuras mediante las cuales se puede compensar a los propietarios de predios rurales sus esfuerzos orientados a conservar y realizar actividades de uso sostenible de la diversidad biológica. El usufructo (artículo 823), las servidumbres (artículo 879), el arrendamiento (artículo 2036), el comodato (artículo 2200), y el fideicomiso (artículo 794) son instituciones civiles, dispuestas en la ley, que con un estudio aplicado a cada caso permiten la conservación de ecosistemas conectados sin necesidad de contar con el concurso de autoridades administrativas.

Las autoridades ambientales, los municipios, distritos y departamentos pueden proponer a los propietarios de predios ubicados en áreas protegidas y suelo de protección unas medidas dirigidas a incentivar a los que conserven y desincentivar a quienes degradan los recursos naturales y ecosistemas presentes en sus inmuebles. Las autoridades han de conformar un inventario de los predios interesantes, caracterizarlos, clasificarlos y zonificarlos.

La inclusión de parámetros para medir los esfuerzos por la conservación de los predios se orienta a clasificar los predios según su categoría de conservación: preservación, recuperación, deterioro y degradación. En Bogotá, los predios localizados en el sistema de áreas protegidas del Distrito Capital tienen derecho a un régimen tarifario especial según el estado de conservación en que se encuentren, previa certificación expedida por el DAMA, con base en criterios a partir de los cuales se certifica el estado de conservación de los predios que soliciten ser beneficiarios del incentivo. El Acuerdo Distrital número 105 de 2003 dispuso un tratamiento para los predios ubicados en el sistema de áreas protegidas del Distrito Capital, determinadas en el Plan de Ordenamiento Territorial de Bogotá.

Para ello se definen cuatro categorías sobre el estado de los predios, así: Estado de preservación: Situación en la cual los predios mantienen las condiciones originales propias de los ecosistemas (sistema dinámico relativamente autónomo formado por una comunidad natural y su medio ambiente físico) y paisajes del territorio. Estado de restauración: Situación de un predio, que se verifica por la realización de acciones observables que inducen al restablecimiento total o parcial de las condiciones originales de los ecosistemas del territorio. Estado de deterioro: Situación de un predio que presenta una fuerte alteración de las condiciones originales de los ecosistemas del territorio, que se expresa en la disminución o pérdida parcial de la biodiversidad o cobertura vegetal u oferta de bienes y servicios ambientales y que para su recuperación requieren la intervención humana. Estado de degradación: Situación de un predio que presenta una

alteración de las condiciones originales de los ecosistemas del territorio que se expresa en la pérdida total de biodiversidad, cobertura vegetal y oferta de bienes y servicios ambientales.

Los incentivos dirigidos a fomentar la conservación que en este proyecto de ley se establecen, se clasifican en fiscales (Tasas compensatorias por el uso del agua y de aprovechamiento forestal, y variables ambientales en la asignación del situado fiscal a los municipios. Eliminación de aranceles e impuestos para equipos y actividades de investigación científica dirigida a la conservación y la utilización sostenible de la biodiversidad), financieros-tecnológicos (Para las actividades de fomento al uso sostenible de la biodiversidad créditos blandos para sistemas productivos sostenibles asociados a la pequeña y mediana producción, experimentación, investigación y comercialización; Con el apoyo de las autoridades ambientales programas de formación, capacitación, intercambios y transferencia de tecnologías de producción más limpia y programas de reforestación) y sociales (Se refiere a la titulación de predios a aquellas familias que se dedican a actividades agropecuarias amigables con la conservación de los ecosistemas naturales y el uso sostenible de la diversidad biológica).

Los incentivos fiscales enumerados en el articulado, que se refieren a tasas compensatorias por el uso del agua y de aprovechamiento forestal, tienen su fundamento en la política nacional de biodiversidad vigente, que incorpora por una parte, variables ambientales en la asignación del situado fiscal a los municipios, y por otra, la eliminación de aranceles e impuestos para equipos y actividades de investigación científica dirigida a la conservación y la utilización sostenible de la biodiversidad. Algunas de estas medidas ya han sido adoptadas en la reforma tributaria de 1997.

Para garantizar la reglamentación y ejecución efectiva de los estímulos fiscales establecidos mediante la Ley 383 de 1997 es necesario reforzar las medidas para el fomento de la ciencia y la tecnología; deducciones por inversiones directas de las empresas en proyectos de innovación y desarrollo tecnológico y por donaciones de las empresas a asociaciones, corporaciones y fundaciones sin ánimo de lucro, cuyo objeto social corresponda al desarrollo de la investigación científica y tecnológica; así como las exenciones del IVA en las importaciones de elementos y equipos realizadas por instituciones de educación superior y centros de investigación y altos estudios; deducción tributaria para proyectos ambientales. Estas medidas han sido autorizadas por el BID y están en mora de ser implementadas por el Gobierno de Colombia.

Diversos obstáculos han impedido el manejo agropecuario y forestal sostenible en Colombia: la inestabilidad macroeconómica, la tenencia poco clara de la tierra, la explotación forestal ilegal, insuficiente infraestructura, alternativas más útiles de uso de la tierra, acceso limitado al mercado y falta de acceso al financiamiento. La oportunidad del Gobierno Nacional de mantener una política económica estable, favorece y facilita la instalación de incentivos fiscales y financieros orientados a superar estos obstáculos. Estos consisten en el establecimiento de niveles apropiados de impuestos, aranceles aduaneros, subsidios y tasas de depreciación de equipo y maquinaria para fomentar las buenas prácticas de administración e inversión responsable. Y de otro lado, fondos de inversión, compensación por ciertas inversiones, pagos o primas, permisos comerciables o licencias, pagos diferidos o condicionales, e incentivos sociales como exenciones de reformas agrarias, derechos absolutos a las tierras, reembolsos de ciertas inversiones y acceso a préstamos de bajo interés, derechos a largo plazo de 40 años, capacidad de subarrendamiento, y reembolso de ciertas inversiones.

El papel del gobierno en materia de conservación, de acuerdo con la ley es regular el uso y manejo de los recursos naturales. Para fomentar el manejo sostenible, el gobierno puede proporcionar los servicios de información de criterios e indicadores, asistencia técnica, investigación y compartir los conocimientos. Una sólida estructura legal e institucional, permite al gobierno fomentar la inversión a largo plazo del sector privado, asegurar oportunidades financieras para las operaciones comerciales responsables y crear una atmósfera de confianza conducente al desarrollo de mercados para servicios ambientales. Las organizaciones no gubernamentales, incluyendo la industria, las instituciones financieras, las ONG, entidades sin ánimo de lucro, la academia y los medios

de comunicación pueden influenciar el manejo de riesgos y procesos de toma de decisiones.

Para garantizar la adopción efectiva de las medidas fiscales, financieras y sociales instaladas en el presente proyecto de ley de incentivos a la conservación, el Gobierno debe asegurar que la legislación ambiental sea compatible con las leyes sobre el uso de la tierra, propiedad y planificación; ajustar las políticas de otros sectores con impacto en los objetivos de política de conservación; aumentar las iniciativas nacionales y regionales para recuperar el paisaje natural y la restauración de ecosistemas, ya que esas medidas son esenciales para permitir los pagos por servicios ambientales; promover la réplica de experiencias exitosas nacionales y regionales de restauración de paisajes forestales en áreas degradadas para restaurar los servicios ambientales; incorporar procesos de seguimiento y evaluación en los instrumentos de política.

El Gobierno Nacional debe ser apoyado desde el Congreso para mantener un sistema de incentivos a la conservación consistente con los lineamientos sobre uso sostenible del agua y la diversidad biológica y el Plan Nacional de Desarrollo vigente, Ley 812 de 2003. El proyecto de ley pretende aportar el marco general de unas medidas que han de ser dinámicamente manejadas por el ejecutivo para permitirle evaluar las inconsistencias, contradicciones y complementariedades de los incentivos existentes, asegurar el financiamiento a largo plazo de los incentivos económicos existentes, evaluar la demanda de servicios internacionales y fomentar la confianza en tales mercados; crear una atmósfera de confianza para fomentar el desarrollo de mercados para servicios ambientales

A nivel interno, el Gobierno debe incorporar en la ley el concepto de pagos por servicios ambientales y el desarrollo de mercados para tales servicios; desarrollar mecanismos para que los mercados sean accesibles y proporcionar información de mercado transparente y accesible; incorporar en la ley el concepto de restauración del paisaje forestal e incentivos para las actividades de restauración, y promover el entendimiento y conocimiento de sus beneficios; fortalecer la educación, el aumento del conocimiento, la investigación y la asistencia técnica, especialmente para los pequeños poseedores.

Instalados estos incentivos en la ley, el Ejecutivo podrá reglamentar las condiciones generales y particulares para que las autoridades ambientales y agrarias dispongan de unos mecanismos detallados para su aplicación efectiva.

Germán Vargas Lleras,

Honorable Senador de la República.

SENADO DE LA REPUBLICA

Secretaría General (art. 139 y ss Ley 5ª de 1992)

El día 17 del mes de agosto del año 2006 se radicó en este despacho el Proyecto de ley número 93, con todos y cada uno de los requisitos constitucionales y legales, por el honorable Senador *Germán Vargas Lleras*.

El Secretario,

Emilio Otero Dajud.

SENADO DE LA REPUBLICA

SECRETARIA GENERAL

Tramitación de Leyes

Bogotá, D. C., 17 de agosto de 2006

Señora Presidenta:

Con el fin de que se proceda a repartir el Proyecto de ley número 93 de 2006 Senado, *por la cual se establecen incentivos a la conservación y al uso sostenible de la diversidad*, me permito pasar a su despacho el expediente de la mencionada iniciativa que fue presentada en el día de hoy ante Secretaría General. La materia de que trata el mencionado proyecto de ley, es competencia de la Comisión Quinta Constitucional Permanente, de conformidad con las disposiciones reglamentarias y de ley.

El Secretario General del honorable Senado de la República,

Emilio Otero Dajud.

PRESIDENCIA DEL HONORABLE SENADO
DE LA REPUBLICA

Bogotá, D. C., 17 de agosto de 2006

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

Cúmplase.

La Presidenta del honorable Senado de la República.

Dilian Francisca Toro Torres.

El Secretario General del honorable Senado de la República,

Emilio Otero Dajud.

* * *

PROYECTO DE LEY NUMERO 94 DE 2006 SENADO

*por la cual se crean incentivos al turismo
y se dictan otras disposiciones.*

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1°. *Importancia de la industria turística.* El turismo es una industria esencial para el desarrollo del país y en especial de las diferentes entidades territoriales, y cumple una función social. Como industria que es, las tasas aplicables a los prestadores de servicios turísticos en materia impositiva serán las que correspondan a la actividad industrial. El Estado le dará especial protección en razón de su importancia para el desarrollo nacional.

Artículo 2°. *Del Consejo Superior de Turismo.* Créase el Consejo Superior de Turismo como máximo órgano consultivo y asesor del gobierno en materia de turismo, integrado por:

1. El Ministro de Comercio, Industria y Turismo, quien podrá delegar su representación en el Viceministro de Turismo.

2. El Ministro de Relaciones Exteriores, quien podrá delegar su representación en el Viceministro de Relaciones Exteriores.

3. El Ministro de Transporte, quien podrá delegar su representación en el Viceministro de Transporte.

4. El Ministro de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, quien podrá delegar su representación en el Viceministro de Ambiente.

5. El Ministro de Defensa Nacional, quien podrá delegar su representación en el Viceministro de Defensa Nacional.

6. El Director General de la Policía Nacional, quien podrá delegar su representación en el Subdirector de la Policía Nacional.

7. El Director General de la UAE de la Aeronáutica Civil.

8. Presidente de Proexport quien podrá delegar en la Dirección de Turismo de la entidad.

9. El Presidente de la Cámara Colombiana de Turismo y los de los Gremios de Turismo que el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo determine.

Parágrafo. El Consejo Superior de Turismo será presidido por el Ministro de Comercio, Industria y Turismo y, en su ausencia por el Ministro siguiente en orden de precedencia. En defecto de los Ministros, lo presidirá el Viceministro de Turismo.

Artículo 3°. *Funciones del Consejo Superior de Turismo.* Son funciones del Consejo Superior de Turismo:

1. Asesorar al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo en la concepción, definición y formulación de las políticas, programas y proyectos de desarrollo y competitividad del turismo.

2. Analizar el desempeño nacional e internacional del sector de turismo y presentar las recomendaciones pertinentes.

3. Detectar oportunidades de cooperación económica o técnica internacional en favor del turismo y recomendar las gestiones pertinentes a su obtención.

4. Procurar una efectiva y permanente coordinación entre el Gobierno y el Sector Privado en favor del desarrollo y competitividad del turismo.

5. Promover una efectiva y permanente coordinación entre las entidades públicas con funciones relacionadas con el desarrollo y competitividad del turismo.

6. Realizar actividades de seguimiento, evaluación y análisis de impacto de las políticas, programas y proyectos de Gobierno en relación con el turismo.

7. Propiciar el establecimiento, monitoreo y evaluación de indicadores de gestión relativos a las políticas, programas y proyectos del Gobierno respecto del turismo.

8. Analizar la concordancia de los programas de formación turística que se imparten a nivel nacional con las necesidades del sector empresarial, para proponer acciones que permitan mejorar la calidad de la formación turística de acuerdo con las necesidades empresariales.

9. Analizar las proyecciones presupuestales y los indicadores de gestión de las entidades públicas del orden nacional cuyas funciones se relacionen directamente con el turismo y presentar recomendaciones a sus representantes legales y al Congreso de la República.

10. Recomendar estrategias de seguridad turística.

11. Establecer anualmente los lineamientos estratégicos a los que debe sujetarse el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, para efectos de invertir los recursos fiscales destinados a la promoción del sector turístico.

12. Las demás que le asigne el Gobierno.

13. Darse su propio reglamento.

Parágrafo 1°. El Consejo sesionará, al menos, una vez cada tres (3) meses, previa convocatoria de la Secretaría Técnica o, en forma extraordinaria, por convocatoria del Ministro de Comercio, Industria y Turismo o de al menos siete (7) de sus integrantes. La omisión de la convocatoria o la ausencia por parte de los funcionarios públicos a las reuniones del Consejo serán causales de mala conducta.

Parágrafo 2°. Los gobernadores y los alcaldes podrán crear consejos departamentales, municipales o distritales de turismo, que cumplirán las mismas funciones del Consejo Superior de Turismo en el ámbito de sus competencias territoriales, con excepción de la establecida en el numeral 11 del presente artículo.

Parágrafo 3°. Las entidades públicas que hacen parte del presente consejo, deberán informar anualmente a los demás miembros del consejo, en la fecha que determine el reglamento, las acciones adelantadas y los recursos invertidos para el desarrollo del turismo, para efectos de lo establecido en el numeral 9 del presente artículo.

Artículo 4°. *Consejo Superior de la Microempresa y de la Pequeña y Mediana Empresa.* Los empresarios del sector turístico estarán representados en el Consejo Superior de Microempresa y en el Consejo Superior de Pequeña y Mediana Empresa creado por el artículo 5° del Decreto 210 de 2003 por el Presidente de la Cámara Colombiana de Turismo.

Artículo 5°. *Exenciones.* Estará exenta de arancel la importación, dentro de los 15 años siguientes a la vigencia de la presente ley, de muebles, equipos, materiales para la construcción y equipamiento de los establecimientos hoteleros. Igualmente estarán exonerados todos los equipos que contribuyan al ahorro de energía o necesarios para el desarrollo de programas de seguridad.

Igualmente operará esta exención para las agencias operadoras de turismo receptivo en la importación de vehículos automotores, terrestres, fluviales y marítimos, equipos para la recreación o prácticas deportivas, siempre y cuando se utilicen exclusivamente en la operación turística.

Artículo 6°. *Campañas de publicidad y mercadeo.* Los gastos que se paguen en el exterior por concepto de campañas de publicidad y mercadeo, impresa, radial, televisiva y en general en otros medios de comunicación; material impreso publicitario y su distribución; alquiler, atención, diseño y decoración de stand; suscripción a centrales y servicios de información, reserva y venta de turismo receptivo; inscripciones y afiliaciones en seminarios, ferias o eventos para promocionar turismo receptivo; directamente relacionados con actividades de turismo receptivo incurridos en el exterior por las empresas turísticas, serán deducibles del impuesto

a la renta y no se someten a retención en la fuente, en los términos del reglamento que para el efecto expida el Gobierno Nacional.

Artículo 7°. *Costo deducible.* La contribución parafiscal con destino al Fondo de Promoción Turística será tratada para efectos del impuesto sobre la renta y complementarios como costo deducible en la determinación de la renta del contribuyente de conformidad con las disposiciones sobre la materia.

Artículo 8°. *Requisitos de la deducción.* Para que las personas naturales o jurídicas obligadas al pago de la contribución parafiscal con destino al Fondo de Promoción Turística a que se refiere la Ley 300 de 1996, tengan derecho a que en su declaración de renta y complementarios se les acepten los costos y deducciones relacionados con la prestación del servicio objeto de contribución parafiscal deberán estar a paz y salvo por este concepto. Para el efecto deberán conservar en su contabilidad los documentos que prueben el pago de la contribución parafiscal y el certificado expedido por la entidad administradora del Fondo de Promoción Turística.

Artículo 9°. *Beneficios tributarios a las donaciones efectuadas al Fondo de Promoción Turística.* Los contribuyentes del impuesto sobre la renta que realicen donaciones al Fondo de Promoción Turística tendrán derecho a deducir de su renta por el período gravable en que se realice, independientemente de su actividad productora de renta, el ciento veinticinco por ciento (125%) del valor donación en los términos y condiciones que señale el reglamento.

Artículo 10. *Políticas públicas de democratización del crédito.* El Gobierno Nacional formulará políticas de democratización del crédito y financiamiento para el fortalecimiento de las empresas prestadoras de servicios turísticos dentro del marco de sus competencias.

Artículo 11. *Líneas de crédito.* El Gobierno Nacional propiciará el establecimiento de líneas de crédito para la capitalización empresarial, capital de trabajo, inversión en activos fijos como instrumento para mejorar la relación entre el capital social y el pasivo externo de las empresas prestadoras de servicios turísticos.

Para el efecto, el Fondo Nacional de Garantías S.A. establecerá condiciones especiales de garantía a empresas prestadoras de servicios turísticos, de conformidad con el reglamento que expida el Gobierno Nacional.

Finagro extenderá la prestación de sus servicios para proyectos de agroturismo, ecoturismo y turismo rural.

Bancoldex establecerá líneas de crédito para los prestadores de servicios turísticos que demuestren su vinculación con la exportación de servicios turísticos.

Artículo 12. *Tasa compensada.* Findeter podrá realizar operaciones para la financiación de proyectos, inversiones, o actividades relacionadas con el sector turismo, así como en los demás sectores financiables por Findeter, aplicando tasas compensadas siempre y cuando los recursos equivalentes al monto del subsidio provengan de la Nación, entidades públicas del orden nacional, entidades territoriales, o sus descentralizadas, organismos internacionales, organismos no gubernamentales, corporaciones regionales, fondos nacionales o regionales, asociaciones o agremiaciones sectoriales públicas o privadas entre otros, o destinando parte de sus utilidades para tal fin.

Artículo 13. *Programas educativos.* Las universidades e institutos técnicos y tecnológicos, sin perjuicio de su régimen de autonomía, tendrán en cuenta lo dispuesto en la presente Ley a efecto de establecer diplomados, programas de educación no formal, programas de extensión y cátedras especiales para las empresas prestadoras de servicios turísticos y a promover la iniciativa empresarial, con la participación de la asociación gremial del sector.

El Ministerio de Educación Nacional fomentará y reglamentará los programas de bachillerato turístico en las regiones identificadas como destinos turísticos, así como la inclusión en los programas académicos de materias relacionadas con la enseñanza sobre la importancia de la actividad turística.

Artículo 14. *Participación del Icetex, del Sena y de Colciencias.* En desarrollo de sus funciones, el Icetex y el Sena destinarán recursos y programas a facilitar la formación y el desarrollo del capital humano vinculado a las empresas prestadoras de servicios turísticos y a la creación de nuevas empresas, de conformidad con el reglamento que expida el Gobierno Nacional. De igual forma Colciencias establecerá programas especiales para promover el desarrollo tecnológico y científico de los prestadores de servicios turísticos.

Artículo 15. *Del fomento de la calidad en el sector turismo.* El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, el Sena, Proexport y Colciencias, fomentarán el mejoramiento de la calidad de los servicios turísticos prestados a la comunidad, a través de incentivos y recursos especiales canalizados con ese propósito.

Para el efecto, promoverá la creación de Unidades Sectoriales con cada uno de los subsectores turísticos. Estas unidades formarán parte del Sistema Nacional de Normalización, Certificación y Metrología, e incentivará y apoyará la obtención de las certificaciones de calidad en Normas Técnicas Sectoriales.

Artículo 16. *Disminución de la base de retención por pagos a terceros por concepto de servicios turísticos.* Adiciónase el siguiente inciso al artículo 387-1 del Estatuto Tributario modificado por el artículo 84 de la Ley 788 de 2002.

“Los pagos que efectúen los patronos a favor de prestadores de servicios turísticos debidamente inscritos en el Registro Nacional de Turismo, por concepto de servicios turísticos del trabajador o su familia, al igual que los pagos por concepto de la compra de vales o tiquetes para la adquisición de servicios turísticos del trabajador o su familia, son deducibles para el empleador y no constituyen ingreso para el trabajador, sino para el tercero que presta el servicio turístico, sometido a la retención en la fuente que le corresponda en cabeza de este último, siempre que el salario del trabajador beneficiado no exceda de veinte (20) salarios mínimos mensuales legales vigentes. Lo anterior sin menoscabo de lo dispuesto en materia salarial por el Código Sustantivo de Trabajo.

Cuando los pagos en el año en beneficio del trabajador o de su familia, de que trata el inciso anterior, excedan la suma de veinticuatro (24) salarios mínimos mensuales vigentes, el exceso constituye ingreso tributario del trabajador, sometido a retención en la fuente por ingresos laborales. Lo dispuesto en este inciso no aplica para los gastos de representación de las empresas, los cuales son deducibles para estas.

Artículo 17. *Pago que no constituye salario.* Trabajador y empleador podrán acordar expresamente que los pagos efectuados en virtud de lo dispuesto en el artículo anterior no constituyen salario y se excluyen de la base de cómputo para liquidar prestaciones sociales, aportes con destino al Servicio Nacional de Aprendizaje, Sena, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF, régimen de subsidio familiar y contribuciones a la seguridad social establecidas por la Ley 100 de 1993 y normas que la modifican, reforman o adicionan.

Artículo 18. *Permisos escolares.* Los planteles educativos concederán, en forma individual, a sus alumnos hasta 8 días de permiso consecutivo en cada año escolar, dentro del calendario lectivo, siempre y cuando ese tiempo se utilice para tomar vacaciones con su familia fuera del lugar de residencia.

Artículo 19. *Trabajo ocasional en establecimientos turísticos.* Para efectos de los prestadores de servicios turísticos, se define el trabajo ocasional, accidental o transitorio como el de corta duración no mayor a dos (2) meses.

Artículo 20. *Aprendices del Sena.* Para efectos de lo previsto en el artículo 33 de la Ley 789 de 2002 los prestadores de servicios turísticos deberán contratar un aprendiz por cada cuarenta (40) trabajadores y uno adicional por fracción de diez (10) o superior que no exceda de 40.

Artículo 21. *De la publicidad turística.* El número que corresponda al Registro Nacional de Turismo deberá ser incluido en toda publicidad utilizada por el prestador de servicios turísticos. Tanto los Prestadores de Servicios Turísticos como las empresas de Transporte en el caso de anunciar precios estos deberán incluir información sobre todos los impuestos del país o del exterior, tasas, cargos, sobrecargos o tarifas que

afecten el precio final y la moneda de pago de los servicios ofrecidos y el tipo de cambio aplicable si el precio estuviere indicado en moneda diferente a la de curso legal en Colombia.

Artículo 22. *De las facturas expedidas por los prestadores.* Las facturas expedidas por los prestadores de servicios turísticos debidamente firmadas por el cliente o usuario prestarán mérito ejecutivo.

Artículo 23. *Estadísticas.* El Departamento Administrativo Nacional de Estadística llevará el registro de las estadísticas relacionadas con el sector turístico y de manera bimestral entregará la información correspondiente, según los diferentes renglones de la actividad que de común acuerdo se determine con el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, incluyendo la denominada cuenta satelital, para cuyo desarrollo y funcionamiento el Gobierno destinará los recursos necesarios.

Parágrafo. Las tarjetas de registro hotelero serán remitidas al DANE para efectos estadísticos, en los términos y condiciones que señale el reglamento que expida el Gobierno Nacional. El manejo de esta información por parte del DANE se deberá realizar con la debida reserva y, en consecuencia, la información contenida en las tarjetas de registro hotelero no podrá darse a conocer al público sino únicamente en resúmenes numéricos, que no hagan posible deducir de ellos información alguna de carácter individual que pudiera utilizarse para fines comerciales, de tributación fiscal, de investigación judicial o cualquiera otro diferente al propiamente estadístico.

Artículo 24. *Medalla al mérito turístico.* Como estímulo al desarrollo de la industria turística, créase la Medalla al Mérito Turístico. Facúltase al Gobierno Nacional para reglamentar las categorías y modalidades de la Medalla al Mérito Turístico.

Artículo 25. *Premio a la calidad de las playas.* Con el fin de estimular el adecuado uso, conservación y mantenimiento de las playas, créase el premio a la calidad de las playas colombianas, el cual será reglamentado por el Gobierno Nacional. El premio será otorgado previo concepto del comité encargado de verificar las condiciones ambientales, de seguridad y calidad de las playas postuladas, comité que estará integrado de la siguiente manera:

1. El Ministro de Comercio, Industria y Turismo o su delegado, quien lo presidirá.
2. El Ministro de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial o su delegado.
3. El Director de la Dirección General Marítima, DIMAR, o su delegado.
4. El Director del Organismo Nacional de Normalización o su delegado.
5. El Director de la Policía Nacional quien podrá delegar su representación en el Comandante de Servicios Especializados de la Policía Nacional.

Artículo 26. *Requisitos para los incentivos.* Sólo los Prestadores de Servicios Turísticos debidamente inscritos en el Registro Nacional de Turismo podrán ser destinatarios de los incentivos fiscales y tributarios consagrados en la presente ley o en cualquier otra disposición de orden nacional, departamental, distrital o municipal y que tenga por fin estimular, apoyar o promover la actividad turística. La omisión de la Actualización y Renovación del Registro, así como el incumplimiento en el pago de la Contribución Parafiscal, suspenderá la aplicación del incentivo.

Artículo 27. *Vigencia y derogatorias.* La presente ley empieza a regir a partir de la fecha de su publicación y deroga las disposiciones que le sean contrarias.

Germán Vargas Lleras,

Honorable Senador de la República.

EXPOSICION DE MOTIVOS

1. Justificación de la iniciativa

De acuerdo con la Organización Mundial del Comercio, los ingresos mundiales por exportaciones relacionados con el turismo generaron recursos por 1.125 millones de dólares para el año 2004, lo cual evidencia que este sector representa un renglón importante de la economía mundial.

En lo que a Colombia se refiere, de conformidad con las cifras de ANATO¹, el turismo genera la no despreciable suma de 490.000 empleos directos y 3 indirectos por cada uno de aquellos. Sin embargo, la falta de estímulos a este sector aunado a la mala prensa de que ha sido víctima nuestro país ha conllevado a que de 1.227.700 turistas que nos visitaban en el año 1980, hoy solo lleguen 238.000², dramática situación que se ilustra en la siguiente tabla³:

Año	Turistas	Variación %
1980	1.227.700	
1983	506.800	
2001	615.700	11
2002	566.761	-8
2003	624.909	10
2004	790.940	27
2005	933.243	18
1er Trimestre 2005	212.906	
1er Trimestre 2006	238.596	12

Es por ello que se hace necesaria la expedición de una serie de disposiciones que le otorguen al sector turismo la importancia que merece y en las que se le considere como una verdadera industria. La iniciativa que se presenta ante el H. Congreso de la República busca suplir esta necesidad, a través de las siguientes medidas:

- Inclusión de una serie de beneficios tributarios para el sector
- Creación de los bonos laborales de vacaciones
- Fijación de una semana al año de licencia escolar
- Reducción de aranceles

2. Contenido de la iniciativa

El artículo 1° consagra al turismo como una verdadera industria destacando su importancia para la economía del país.

En el artículo 2° se crea el Consejo Superior de Turismo como órgano consultivo del Gobierno y en el artículo 3° se le asignan sus funciones.

El artículo 4° establece que los empresarios del turismo tendrán representación en el consejo de la pequeña y mediana empresa.

El artículo 5° crea una exención del arancel la importación de muebles y enseres destinados a establecimientos turísticos.

El artículo 6° determina que serán deducibles del impuesto de renta los gastos que publicidad que efectúen las empresas turísticas en el exterior.

El artículo 7° le otorga el carácter de costo deducible para efectos de la determinación del impuesto a la renta y complementarios a la contribución parafiscal con destino al Fondo de Promoción Turística. En el mismo sentido, en el artículo siguiente se fijan los requisitos para poder hacer efectiva la correspondiente deducción.

Continuando con los estímulos tributarios, el artículo 9° señala que los contribuyentes que realicen donaciones al Fondo de Promoción Turística podrán deducir para efectos del impuesto sobre la renta el 125% del valor de la misma.

Los artículos 10 a 12 establecen lo referente a las políticas en materia crediticia para el sector turismo.

Los artículos 13 y 14 regulan lo relacionado con los programas educativos referentes al sector turismo, tanto en lo que se refiere al bachillerato turístico como a la promoción de formación de capital humano para las empresas turísticas.

1 Asociación Colombiana de Agencias de Viajes y Turismo

2 Fuente DAS

3 FUENTE: DAS, Raúl Jaramillo, ANATO

En cuanto al artículo 15, en él se establece la obligación por parte del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, el Sena, Proexport y Colciencias de fomentar la calidad de los servicios turísticos prestados a la comunidad.

El artículo 16 modifica el artículo 387-1 del Estatuto Tributario, para establecer que serán deducibles del impuesto a la renta los pagos que realice el patrono a empresas prestadoras de servicios turísticos por concepto de servicios otorgados al trabajador o a su familia. De acuerdo con el artículo 17, dichos pagos no constituirán salario para efectos de liquidación de prestaciones sociales y aportes parafiscales.

El artículo 18 crea la semana de licencia escolar, con el fin de que los padres puedan llevar a sus hijos de vacaciones con unas tarifas que sean más favorables que las de temporada alta.

En cuanto al artículo 19, se señala que el trabajo que se realice en empresas prestadoras de servicios de duración no mayor a dos meses, se considerará trabajo ocasional. Igualmente, el artículo 20 determina que los prestadores de servicios turísticos deberán contratar un aprendiz por cada 40 trabajadores y uno adicional por fracción de diez empleados.

Como una norma de protección a los consumidores, el artículo 21 determina que tanto los prestadores de Servicios Turísticos como las empresas de Transporte deberán incluir en su publicidad el número que corresponda a su Registro Nacional de Turismo.

Los artículos finales regulan lo relacionado con estímulos al sector tales como la medalla al mérito turístico así como el premio a la calidad de playas.

Tal como ya se señaló, aspiramos a que estas disposiciones fomenten la recuperación del sector turismo, lo cual no solo conllevaría a la generación de importantes recursos para nuestro país sino que adicionalmente permitiría la creación de nuevos puestos de trabajo.

Germán Vargas Lleras,

Honorable Senador de la República.

SENADO DE LA REPUBLICA

Secretaría General (art. 139 y ss Ley 5ª de 1992)

El día 17 del mes de agosto del año 2006 se radicó en este despacho el Proyecto de ley número 94, con todos y cada uno de los requisitos constitucionales y legales, por el honorable Senador *Germán Vargas Lleras*.

El Secretario,

Emilio Otero Dajud.

SENADO DE LA REPUBLICA

SECRETARIA GENERAL

Tramitación de Leyes

Bogotá, D. C., 17 de agosto de 2006

Señora Presidenta:

Con el fin de que se proceda a repartir el Proyecto de ley número 94 de 2006 Senado, *por la cual se crean incentivos al turismo y se dictan*

otras disposiciones, me permito pasar a su despacho el expediente de la mencionada iniciativa que fue presentada en el día de hoy ante Secretaría General. La materia de que trata el mencionado proyecto de ley, es competencia de la Comisión Sexta Constitucional Permanente, de conformidad con las disposiciones reglamentarias y de ley.

El Secretario General del honorable Senado de la República,

Emilio Otero Dajud.

PRESIDENCIA DEL HONORABLE SENADO
DE LA REPUBLICA

Bogotá, D. C., 17 de agosto de 2006

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

Cúmplase.

La Presidenta del honorable Senado de la República.

Dilian Francisca Toro Torres.

El Secretario General del honorable Senado de la República,

Emilio Otero Dajud.

CONTENIDO

Gaceta número 300 - Martes 22 de agosto de 2006

SENADO DE LA REPUBLICA

Págs.

PROYECTOS DE LEY

Proyecto de ley número 86 de 2006 Senado, por medio de la cual se crea el sistema nacional de protección a la mujer en estado de embarazo y en el posparto, se establecen los programas de promoción a la acogida de la vida y se dictan otras disposiciones	1
Proyecto de ley número 87 de 2006 Senado, mediante la cual se adiciona un inciso al artículo 183 de la Ley 115 de 1994	4
Proyecto de ley número 89 de 2006 Senado, por la cual se modifica el inciso 1° del artículo 27 del Decreto número 1421 de 1993 “Por la cual se dicta el Régimen Especial para el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá”	10
Proyecto de ley número 90 de 2006 Senado, por la cual se adiciona al Código Civil Colombiano el artículo 1604 bis, referido al régimen general de las cláusulas restrictivas de responsabilidad	17
Proyecto de ley número 91 de 2006 Senado, por medio de la cual se honra la memoria del ilustre colombiano José Vicente Gual Acosta, asignándole su nombre a un inmueble público	27
Proyecto de ley número 92 de 2006 Senado, por la cual se establece el procedimiento sancionatorio ambiental	28
Proyecto de ley número 93 de 2006 Senado, por la cual se establecen incentivos a la conservación y al uso sostenible de la diversidad biológica	34
Proyecto de ley número 94 de 2006 Senado, por la cual se crean incentivos al turismo y se dictan otras disposiciones	37