



GACETA DEL CONGRESO

SENADO Y CÁMARA

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

ISSN 0123 - 9066

AÑO XXII - N° 848

Bogotá, D. C., martes, 22 de octubre de 2013

EDICIÓN DE 24 PÁGINAS

DIRECTORES:

GREGORIO ELJACH PACHECO
SECRETARIO GENERAL DEL SENADO
www.secretariasenado.gov.co

JORGE HUMBERTO MANTILLA SERRANO
SECRETARIO GENERAL DE LA CÁMARA
www.camara.gov.co

RAMA LEGISLATIVA DEL PODER PÚBLICO

SENADO DE LA REPÚBLICA

CONCEPTOS JURÍDICOS

CONCEPTO JURÍDICO DEL MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 263 DE 2013 CÁMARA, 283 DE 2013 SENADO

por medio de la cual se expide el Código de Extinción de Dominio.

1.1

UJ-2142-13

Bogotá, D. C.,

Honorable Senador

JUAN FERNANDO CRISTO BUSTOS

Presidente

Senado de la República

Ciudad.

Asunto: Proyecto de ley número 263 de 2013 Cámara, 283 de 2013 Senado, *por medio de la cual se expide el Código de Extinción de Dominio.*

Respetado Presidente:

De manera atenta, se presentan los comentarios que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público estima pertinente someter a su consideración sobre el Proyecto de ley número 263 de 2013 Cámara, 283 de 2013 Senado, *por medio de la cual se expide el Código de Extinción de Dominio.* Sobre el particular se indica:

1. Objeto del proyecto de ley

El proyecto de ley de iniciativa parlamentaria tiene por objeto establecer una nueva reglamentación para los procedimientos de extinción de bienes incautados a los grupos e individuos al margen de la ley.

2. Comentarios de tipo presupuestal

Los recursos del Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y Lucha contra el Crimen Organizado (Frisco), se utilizan en inversión social, se-

guridad y lucha contra la delincuencia organizada, rehabilitación de militares y policías heridos en combate, cofinanciación del sistema de responsabilidad penal adolescente, infraestructura carcelaria, fortalecimiento de la Administración de Justicia y funcionamiento de la Dirección Nacional de Estupefacientes (DNE) (o de la entidad que administre los recursos incautados).

Con el artículo 91 de la iniciativa se otorga a la Fiscalía General de la Nación el 50% de la monetización de los bienes sobre los que se declare la extinción del dominio, cambiando la destinación de estos recursos; mientras que los bienes inmuebles rurales sobre los que recaiga la acción de extinción de dominio, serán destinados a los programas de generación de acceso a la tierra, que administra el Gobierno Nacional.

Por otro lado, el dinero en efectivo que se vea afectado dentro del proceso de extinción de dominio, sería administrado por la Fiscalía General de la Nación, y destinado a esta entidad una vez declarada la extinción definitiva del dominio. Así las cosas, no se menciona ninguna otra destinación, ni fuente alternativa de gasto para las inversiones que hoy se sustentan con estos recursos.

Entre los gastos financiados con estos recursos tenemos:

- Construcción de establecimientos penitenciarios y carcelarios, de que tratan los Conpes 3277 de 2004, 3412 de 2006 y 3575 de 2009.

La Dirección Nacional de Estupefacientes solicitó se considerara el aplazamiento de los pagos de la deuda, dado que la entrega de bienes a la Sociedad de Activos Especiales (SAS-SAE), retrasó la monetización de los bienes de la misma entidad; este atraso hace que a la fecha la deuda de la DNE

con la Nación ascienda a \$258 mil millones, sumado a que la expectativa de venta de bienes no ha sido la proyectada.

- Construcción de viviendas de interés social. Mediante la expedición del Conpes 3476 del 9 de julio de 2007 “*Importancia estratégica de los macroproyectos de vivienda de interés social en Cali y Buenaventura*”, con un costo estimado de \$233.6 mil millones, de los cuales \$185.9 mil millones se financiaría con los recursos provenientes de las caletas encontradas en la ciudad de Cali en enero de 2007, los cuales quedan a disposición y bajo la administración del Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y la Lucha contra el Crimen Organizado (Frisco). De estos recursos quedan pendiente de giro a la Nación \$23.9 mil millones.

- La lucha contra el narcotráfico y el crimen organizado para el desestímulo al consumo, a través de campañas masivas de *Prevención de Consumo de Drogas Ilícitas*, protección de los honorables Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y de los Concejales Municipales del país, víctimas de las amenazas y acciones del crimen organizado y del narcotráfico, para lo cual la Nación financió gastos por \$21 mil millones, mientras se surtían los trámites de extinción de dominio de los dineros que fueron incautados a comienzos del mes de septiembre de 2009, camuflados en contenedores en el Puerto de Buenaventura por veintiocho millones de dólares (USD \$28.000,000.00)

La no devolución de estos recursos a la Nación, obliga al Gobierno Nacional a buscar otras fuentes de financiamiento en la programación del presupuesto de cada año, y elimina para el futuro una potencial fuente de financiamiento para la construcción de cárceles y otros proyectos de inversión social.

En el siguiente cuadro se resume el valor de la deuda por diferentes conceptos:

Miles de millones de pesos

Concepto	Valor
Saldo deuda a la Nación por financiamiento construcción de los nuevos ERON's	258
Saldo por financiamiento de construcción de vivienda en Cali y Buenaventura	24
Deuda por financiamiento de gasto presupuestado en 2010 para la protección de Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, Concejales y Lucha contra las Drogas	21
TOTAL	303

- De otra parte, con estos recursos se financia gasto de algunas entidades mediante las distribuciones autorizadas por el Consejo Nacional de Estupefacientes, presidido por el Ministerio de Justicia y del Derecho, quien establece las directrices en relación con los bienes (facultad que se ve reducida con el proyecto de ley).

En los cuadros anexos 1 (Distribuciones) y 2 (Giros) se muestra el detalle de las entidades beneficiadas con estas distribuciones para financiar gastos como: apoyo en la construcción de infraestructura de centros de atención infantil (estrategia de atención integral a la primera infancia a nivel nacional “De Cero a Siempre”); gastos en apoyo

y construcción de juzgados para los procesos de extinción de dominio (Rama Judicial - Consejo Superior de la Judicatura); funcionamiento y pago de curadores de la Fiscalía General de la Nación en los procesos de extinción de dominio, y gastos en seguridad de la Rama Judicial, Procuraduría, Fiscalía y Ministerio del Interior.

- El artículo 23 de la Ley 793 de 2002, modificado por el artículo 267 de la Ley 1450 de 2011, determinó que los bienes, los rendimientos y los frutos que generen los bienes localizados en el departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, cuya extinción de dominio se haya decretado conforme a esa ley, deberán destinarse prioritariamente a programas sociales que beneficien a la población raizal.

De la misma manera, se realizan otras observaciones al artículo 23:

a) Se derogan disposiciones contenidas en la Ley 1448 de 2011, particularmente lo dispuesto en el artículo 177 que establece: “*los recursos provenientes de los procesos de extinción de dominio que se surdan en virtud de la Ley 793 de 2002 en las cuantías o porcentajes que determine el Gobierno Nacional*” (componen el Fondo de Reparación para las Víctimas de la Violencia).

Actualmente, con el Decreto número 1366 de 2013 se fija a favor del Fondo para la Reparación de las Víctimas un porcentaje del 5% de la suma recaudada durante cada año, transferencia que se debe realizar dentro de los tres (3) primeros meses del año siguiente al que ingresan. En consecuencia, con el proyecto de ley, se está dejando sin financiación el referido Fondo;

b) La creación de juzgados mediante la implementación de Salas de Extinción de Dominio y Fiscalías a lo largo del país, de que trata el artículo 211 de la iniciativa, generaría costos a financiar para la Rama Judicial, alrededor de \$87 mil millones de pesos (ver costo en detalle en el Anexo 3);

c) El artículo 212 contempla la creación y puesta en funcionamiento de al menos 50 despachos adicionales de fiscalías especializadas para la extinción de dominio con igual número de cargos de asistentes de fiscal (50) y 100 de investigadores criminalísticos de distintos grados.

Se estima que los costos de la modernización para la Fiscalía General de la Nación, son de aproximadamente \$1.1 billones de pesos, sin embargo, dicha entidad no ha realizado los cálculos asociados a la planta de personal. Por lo pronto, los costos del proyecto de ley no se puede determinar sin la información de la entidad, y no es claro cómo la reestructuración debería atender los mandatos del proyecto de ley;

d) El porcentaje para el financiamiento del gasto del resto de entidades que intervienen en el proceso de extinción de dominio, es inexistente, dejando al Gobierno Nacional con la carga del *gasto*.

En concreto, los gastos contemplados en el proyecto de ley no están contemplados en el Presu-

puesto General de la Nación, ni en el Marco de Gasto de Mediano Plazo del Sector, por considerar que se generan nuevas cargas fiscales para el Gobierno Nacional y se suprime una actual fuente de financiación de la inversión social.

3. La asignación de todos los activos con declaratoria de extinción de dominio a favor de la Fiscalía General de la Nación contempla los siguientes aspectos:

3.1. El FRISCO sería objeto de fraccionamiento dado que sería administrado para bienes incautados por un operador y extinguidos por otro, violando con ello los principios de unidad contable y financiera que se predicen para los fondos públicos e incrementando los costos de operación que implicaría contar con dos operadores de activos, dado que la unificación de un solo operador por economías de escala disminuye considerablemente los costos de funcionamiento que demanda dicha actividad.

3.2. No es clara la destinación de los recursos a favor de la Fiscalía en el sentido de que no identifica una obligación de monetización de activos y parte de la base que la totalidad de los mismos será para el uso de dicha entidad cuando en esencia corresponde su comercialización, por lo tanto resultaría más conveniente indicar que si la Fiscalía General de la Nación requiere algún activo objeto de extinción para la ejecución de las actividades por las que constitucionalmente fue creada pueda acceder a ellos, mas no pretender que esta se convierta en una comercializadora y administradora de inmuebles cuando no existe un indicador que evidencie la experiencia, idoneidad y preparación para ejecutar esta actividad.

3.3. La naturaleza jurídica de la Fiscalía la obliga al cumplimiento de requisitos y formalidades que no la hacen competitiva en el mercado de comercialización y administración de justicia, siendo improcedente su eficiencia en el ejercicio de esta actividad de comercialización y administración de activos dado que esta es una gestión con competencia en el sector privado.

3.4. La Fiscalía ejercería posición de juez y parte en el proceso de extinción al ser quien define los activos objeto de solicitud de extinción, toda vez que estos al final del proceso de extinción llegarían a su administración. La Fiscalía no podría actuar en los procesos de extinción dado que su intervención no sería equitativa por cuanto le asistiría un interés particular en el entendido que estos bienes serían destinados al mismo ente que está juzgando, perdiéndose los principios de legalidad, debido proceso, autonomía, imparcialidad e independencia judicial.

3.5. La entidad que administre y comercialice los activos del Frisco debe ser autosostenible con los recursos derivados de la gestión de activos y desagregar esta actividad a favor de la Fiscalía implicaría ir en contra de dicha política puesto que

la infraestructura de una entidad netamente pública implica gastos mayores al que puede poseer un operador de activos mixto.

3.6. El éxito del modelo de gestión de activos extinguidos radica en la construcción de alianzas con el sector privado a efectos de trasladar el riesgo de inversiones a este último; bajo una gestión de activos con la Fiscalía estos modelos de operación con privados se hacen más engorrosos y lentos.

4. Comentarios al articulado propuesto

4.1. Artículo 90 (competencia y reglamentación): Se recomienda que la facultad del señor Presidente sea tan amplia que le permita en ejercicio de sus funciones, determinar si crea una nueva entidad o fortalece una existente para la administración de los bienes incautados afectados con medidas cautelares dentro del proceso de extinción de dominio y aquellos que ya han sido objeto de tal decisión judicial.

4.2. Artículos 93 y 98 (enajenación y destrucción): La potestad de enajenar y destruir los bienes afectados con medidas cautelares sobre cuya extinción de dominio aún el juez no se haya pronunciado, se recomienda limitarla a casos de "extrema y justificada necesidad", incluyendo las causales para proceder de conformidad. De lo contrario, podría dejarse abierta una puerta de demandas que lleguen a presentar los propietarios cuando la decisión judicial no sea extintiva de dominio y resulte condenada la Nación por montos que podrían representar detrimento patrimonial. Se debe aclarar que la medida cautelar no garantiza las condiciones del fallo ni priva al titular del beneficio de la propiedad así esta se encuentre cuestionada.

4.3. Artículo 100: (administración por terceros especializados): La redacción restringe la administración, sin tener en cuenta los bienes muebles e inmuebles. En cuanto a la expresión "terceros especializados", se encuentra que el Código Civil en los artículos 2236 en adelante alude a la expresión "depositario" como la persona que, mediante un contrato de depósito recibe una cosa corporal o mueble para que la guarde y la restituya en especie, a voluntad del depositante.

4.4. Artículo 103 (devolución de bienes): Como el proceso culmina con un fallo judicial, este deberá ser notificado con arreglo a las leyes procesales vigentes. En consecuencia, no es exigible jurídicamente al administrador que proceda a una nueva notificación. Se recomienda incluir que el administrador deberá publicar en un diario de amplia circulación nacional, el primer sábado de cada mes, un aviso que enliste las sentencias ejecutoriadas declaratorias de extinción de dominio de los bienes bajo su administración, para que los interesados se enteren de que aquellos se encuentran a su disposición y conozcan el procedimiento para su devolución.

Entidad	Distribuciones										Compromisos 2013
	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	
Vicepresidencia República							500	500	383		
Proyecto SIMCI II							1.600				
Ministerio de la Protección Social							100				
Plan de Manejo Ambiental							108				
Fondo Protección de Justicia. Dec. 1890/99 y 200/2003								1.338	1.378		
Coldeportes									480		
Inversión Social – San Andrés				1.627			15.000				
Inversión				1.627							
Departamento Administrativo de Seguridad (DAS)	23.846			1.932				1.005			
Inversión	23.846			1.932							
Presidencia de la República – Grupo Móvil de Erradicación				11.763							
Inversión				11.763							
Adecuación sede oficina UNODC				200							
Funcionamiento				200							
Procuraduría General de la Nación	1.402										
Funcionamiento	279										
Inversión	1.122										
Dirección Nacional de Estupefacientes	104										
Inversión	104										
Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial		77									
Instituto Nacional Penitenciario (Inpec)	360										
Inversión	360										
Fondo Nacional Ambiental (Fonam)	119										
Armada Nacional	67										
Ministerio de Relaciones Exteriores	30										
Red de Solidaridad Social	215										
Otros											2.374
Total Anual	41.716	7.830	279	91.798	3.066	88.212	99.180	62.862	16.449	16.519	83.944

ANEXO 2

Distribuciones de la Dirección Nacional de Estupefacientes a otras entidades vigencias 2003-2013

Millones de pesos corrientes

Entidad	Giros										Compromisos 2013	
	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012		
Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional	11.202	-	-	140	-	-	-	-	-	-	-	3.746
Funcionamiento	3.032											
Inversión	8.170			140								3.746
Programa CERO A SIEMPRE – 2013 - CNE 20 mar-2012										-	7.500	25.000
Inversión											7.500	25.000
Consejo Superior de la Judicatura de la Rama Judicial	423	709	49	3.986	1.760	1.600	1.530	1.614	780			18.649
Funcionamiento	423			3.986	1.760	1.600	1.330					
Inversión												18.649
Ministerio del Interior y de Justicia	2.087	6.180	20	41.392	552	84.829	77.560	45.639	4.300			
Funcionamiento	1.827			1.392	552	752						
Inversión	259			40.000		84.076						
Ministerio de Justicia y del Derecho											6.704	23.375
Funcionamiento											6.704	11.200
Inversión												12.175
Ministerio del Interior											1.594	
Funcionamiento											1.594	
Policía Nacional	1.592	515		29.908	20		328	11.391	7.728	721		800
Funcionamiento					20						721	
Inversión	1.592			29.908								
Fiscalía General de la Nación	93	350	210	850	735	1.450	411		1.400			
Funcionamiento				850	735	1.450						
Vicepresidencia República							500	500	383			
Proyecto SIMCI II							1.600					
Ministerio de la Protección Social							100					
Plan de Manejo Ambiental							108					
Fondo Protección de Justicia. Dec. 1890/99 y 200/2003								1.338	1.378			
Coldeportes									480			
Inversión Social – San Andrés				1.627			14.266					
Inversión				1.627			14.266					

Entidad	Giros											Compromisos 2013
	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012		
Departamento Administrativo de Seguridad (DAS)	23.846	-	-	1.932	-	-	-	-	-	-	-	-
Funcionamiento												
Inversión	23.846			1.932								
Presidencia de la República – Grupo Móvil de Erradicación				11.763								
Funcionamiento												
Inversión				11.763								
Adecuación sede oficina UNODC				200								
Funcionamiento				200								
Procuraduría General de la Nación	1.402											
Funcionamiento	279											
Inversión	1.122											
Dirección Nacional de Estupefacientes	104											
Inversión	104											
Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial		77										
Instituto Nacional Penitenciario (Inpec)	360											
Fondo Nacional Ambiental (Fonam)	119											
Armada Nacional	67											
Ministerio de Relaciones Exteriores	30											
Red de Solidaridad Social	215											
Total Anual	41.541	7.754	279	91.598	3.066	87.879	96.403	60.481	16.449	16.519		52.921

ANEXO 3

A continuación se muestran los costos, calculados por la Rama Judicial en el caso de los juzgados¹:

JUZGADOS**1. Gastos de Personal****• Tribunal Superior**

El proyecto propone la creación de un Tribunal en cada uno de los Distritos Judiciales de Bogotá, Medellín, Cali, Barranquilla y Cúcuta.

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ				
ESTRUCTURA DE TRIBUNAL				
DESPACHO	CARGO	GRADO	TOTAL CARGOS	GASTOS DE PERSONAL
SALA PENAL ESPECIALIZADA	MAGISTRADO DE TRIBUNAL	NOM	3	1.013.045.869
	AUXILIAR JUDICIAL GRADO I	1	6	378.700.007
SECRETARÍA TRIBUNAL SUPERIOR	SECRETARIO DE TRIBUNAL	NOM	1	90.045.760
	RELATOR DE TRIBUNAL	NOM	1	90.045.760
	SUSTANCIADOR NOMINADO	NOM	3	183.107.359
	TÉCNICO EN SISTEMAS	11	1	51.062.831
	CITADOR	4	2	61.636.436
TOTAL TRIBUNAL			17	1.867.644.023

TRIBUNALES SUPERIORES DE MEDELLÍN, CALI, BARRANQUILLA Y CÚCUTA				
ESTRUCTURA CADA TRIBUNAL			COSTO TOTAL	
DESPACHO	CARGO	GRADO	TOTAL CARGOS	GASTOS DE PERSONAL
SALA PENAL ESPECIALIZADA	MAGISTRADO DE TRIBUNAL	NOM	12	4.052.183.477
	AUXILIAR JUDICIAL GRADO I	1	12	757.400.015
SECRETARÍA TRIBUNAL SUPERIOR	SECRETARIO DE TRIBUNAL	NOM	4	360.183.042
	RELATOR DE TRIBUNAL	NOM	4	360.183.042
	SUSTANCIADOR NOMINADO	NOM	12	732.429.435
	TÉCNICO EN SISTEMAS	11	4	204.251.325
	CITADOR	4	8	246.545.742
TOTAL			56	6.713.176.077

• Juzgados Especializados

Se establece también la creación de Juzgados Especializados tanto en los Distritos mencionados, como en los de otras ciudades, de esta forma:

JUZGADOS ESPECIALIZADOS EXTINCIÓN DE DOMINIO				
DISTRITOS JUDICIALES DE BOGOTÁ, MEDELLÍN, BARRANQUILLA Y CÚCUTA (5 JUZGADOS POR DISTRITO)				
DESPACHO	CARGO	GRADO	TOTAL CARGOS	GASTOS DE PERSONAL
JUZGADO ESPECIALIZADO	JUEZ DE CIRCUITO	NOM	20	2.812.671.317
	SECRETARIO DE CIRCUITO	NOM	20	1.163.509.183
	SUSTANCIADOR	NOM	40	2.098.961.818

¹ Costos enviados por la Rama Judicial en comunicaciones escritas el 20 de agosto y el 12 de septiembre de 2013.

JUZGADOS ESPECIALIZADOS EXTINCIÓN DE DOMINIO				
DISTRITOS JUDICIALES DE BOGOTÁ, MEDELLÍN, BARRANQUILLA Y CÚCUTA (5 JUZGADOS POR DISTRITO)				
DESPACHO	CARGO	GRADO	TOTAL CARGOS	GASTOS DE PERSONAL
CENTRO DE SERVICIOS JUZGADOS EXTINCIÓN	PROFESIONAL UNIVERSITARIO	20	4	343.780.895
	TÉCNICO EN SISTEMAS	11	4	199.286.482
	SUSTANCIADOR	NOM	8	419.792.364
	ASISTENTE ADMINISTRATIVO	6	8	276.498.376
	CITADOR	3	4	132.355.313
TOTAL			108	7.446.855.748

DISTRITOS JUDICIALES DE ANTIOQUIA, CUNDINAMARCA, IBAGUÉ, BUCARAMANGA, TUNJA, VILLAVICENCIO, NEIVA, MANIZALES, PASTO Y FLORENCIA (2 JUZGADOS POR DISTRITO)				
DESPACHO	CARGO	GRADO	TOTAL CARGOS	GASTOS DE PERSONAL
JUZGADO ESPECIALIZADO	JUEZ DE CIRCUITO	NOM	20	2.812.671.317
	SECRETARIO DE CIRCUITO	NOM	20	1.163.509.183
	SUSTANCIADOR	NOM	40	2.098.961.818
TOTAL			80	6.075.142.318

DISTRITOS JUDICIALES DE CARTAGENA, ARMENIA, CÚCUTA, PEREIRA, MONTERÍA, QUIBDÓ, PAMPLONA, RIOHACHA, SANTA MARTA, SINCELEJO, POPAYÁN Y VALLEDUPAR (1 JUZGADO POR DISTRITO)				
DESPACHO	CARGO	GRADO	TOTAL CARGOS	GASTOS DE PERSONAL
JUZGADO ESPECIALIZADO	JUEZ DE CIRCUITO	NOM	12	1.687.602.790
	SECRETARIO DE CIRCUITO	NOM	12	698.105.510
	SUSTANCIADOR	NOM	24	1.259.377.091
TOTAL			48	3.645.085.391

2. Gastos Generales e Inversión

• Gastos de implementación

Teniendo en cuenta que la Rama Judicial no cuenta con infraestructura para instalar dichos despachos judiciales, se recurriría a alternativas de arriendo o de construcción de inmuebles, con los correspondientes costos:

Despachos con arriendo

CONCEPTO	ÁREA M ²	VR. ARRIENDO POR M ²	ARRIENDO ANUAL	MOBILIARIO	EQUIPOS AA Y SISTEMAS EMERGENCIA	TOTAL POR UNIDAD	N° TRIBUNALES Y JUZGADOS	TOTAL
DESPACHO JUZGADO *	80	15.000	14.400.000	32.204.704	44.030.000	90.634.704	52	4.713.004.616
CENTROS DE SERVICIOS	120	15.000	21.600.000	55.646.015	44.030.000	121.276.015	5	606.380.077
TRIBUNAL (Completo)	210	15.000	37.800.000	97.305.558	44.030.000	179.135.558	5	895.677.792
SALAS DE AUDIENCIAS	40	15.000	7.200.000	26.055.456	44.030.000	77.285.456	57	4.405.270.992
TOTAL			81.000.000	211.211.734	176.120.000	468.331.734	119	10.620.333.477

Despachos con construcción y/o adquisición

CONCEPTO	ÁREA M ²	CONSTRUCCIÓN POR METRO	TOTAL CONSTRUCCIÓN	MOBILIARIO	EQUIPOS AA Y SISTEMAS EMERGENCIA	TOTAL POR UNIDAD	N° TRIBUNALES Y JUZGADOS	TOTAL
DESPACHO JUZGADO *	80	3.000.000	240.000.000	32.204.704	44.030.000	316.234.704	52	16.444.204.616
CENTROS DE SERVICIOS	120	3.000.000	360.000.000	55.646.015	44.030.000	459.676.015	5	2.298.380.077
TRIBUNAL (Completo)	210	3.000.000	630.000.000	97.305.558	44.030.000	771.335.558	5	3.856.677.792
SALAS DE AUDIENCIAS	40	3.000.000	120.000.000	26.055.456	44.030.000	190.085.456	57	10.834.870.992
TOTAL	450		1.350.000.000	211.211.734	176.120.000	1.737.331.734	119	33.434.133.477

• Gastos en Tecnología

Extinción dominio	# Despacho	Equipo PC	Impresora	Punto LAN	Punto UPS	Escaner
Valor unitario	*	3.600.000	1.800.000	1.500.000	1.500.000	5.800.000
Tribunales	15	162.000.000	54.000.000	112.500.000	112.500.000	0
Secretarías	5	144.000.000	18.000.000	67.500.000	67.500.000	29.000.000
Centro Servicios	5	144.000.000	18.000.000	67.500.000	67.500.000	
Juzgados	52	748.800.000	187.200.000	468.000.000	468.000.000	301.600.000
TOTAL	77	1.198.800.000	277.200.000	715.500.000	715.500.000	330.600.000

* Incluye software, hardware e instalación en el Despacho.

Extinción dominio	*Despacho	Acceso Internet	Insumos impresión	Salas Tipo-1
Valor unitario		1.920.000	6.050.000	25.000.000
Tribunales	15	86.400.000	181.500.000	375.000.000
Secretarías	5	76.800.000	60.500.000	0

Extinción dominio	*Despacho	Acceso Internet	Insumos impresión	Salas Tipo-1
Centro Servicios	5	76.800.000	60.500.000	0
Juzgados	52	399.360.000	629.200.000	1.300.000.000
TOTAL	77	639.360.000	931.700.000	1.675.000.000
TOTAL GENERAL		6.483.660.000		

• Gastos recurrentes

Dentro de este rubro se incluye adquisición de bienes y servicios, mantenimiento, comunicaciones y transporte, impresos y publicaciones, y servicios públicos.

TIPO DE DESPACHO	N° DESPACHOS	COSTO UNITARIO	COSTO TOTAL
Despacho de Tribunal	15	102.603.000	1.539.045.000
Juzgado Especializado	52	80.466.000	4.184.232.000
TOTAL	67	183.069.000	5.723.277.000

• Gastos en Seguridad

Debido a que los funcionarios que ejercen la Extinción de Dominio son de alto riesgo, se necesita establecer esquemas de protección, conformados por chalecos antibalas, así como por camionetas con sus respectivos conductores.

CONCEPTO	PRECIO UNITARIO	N° FUNCIONARIOS	COSTO TOTAL
Camionetas blindadas	191.100.888	67	12.803.759.496
Chalecos antibalas Tipo III	1.293.000	67	86.631.000
TOTAL	192.393.888	67	12.890.390.496

• Capacitación

Para capacitar a los funcionarios en lo referente al Código de Extinción de Dominio, se impartirá una cátedra en los Distritos Judiciales de Bogotá, Medellín, Cali, Barranquilla, Cúcuta, Antioquia, Cundinamarca, Ibagué, Bucaramanga, Tunja, Villavicencio, Neiva, Manizales, Pasto y Florencia.

CONCEPTO	VALOR
Etapa 1: Diseño Curricular	1.119.000.000
Etapa 2: Plan de estudios para implementación del sub-programa de extinción de dominio año 2014	770.000.000
Etapa 3: Plan de estudios para implementación del sub-programa de extinción de dominio año 2015	1.005.000.000
TOTAL	2.894.000.000

Resumen necesidades Extinción de Dominio - Juzgados Rama Judicial

Teniendo en cuenta lo explicado, en la siguiente tabla se muestra un consolidado de los costos asociados a este proyecto de parte de la Rama Judicial:

CONCEPTO	COSTO CON ARRIENDO DE INMUEBLES	COSTO CON CONSTRUCCIÓN Y/O ADQUISICIÓN DE INMUEBLES
Gastos de Personal	25.747.903.557	25.747.903.557
Gastos Implementación	10.620.333.477	33.434.133.477
Gastos Recurrentes	5.723.277.000	5.723.277.000
Tecnología	6.483.660.000	6.483.660.000
Seguridad	12.890.390.496	12.890.390.496
Capacitación	2.894.000.000	2.894.000.000
TOTAL	64.359.564.530	87.173.364.530

CONCEPTO JURÍDICO DEL MINISTERIO DE TRABAJO AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 11 DE 2012 SENADO

por medio de la cual se modifica el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, por la cual se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, y se adoptan disposiciones sobre los regímenes pensionales exceptuados y especiales y se dictan otras disposiciones.

Bogotá, D. C., 11 de octubre de 2013

Doctor

GREGORIO ELJACH PACHECO

Secretario General

Senado de la República

Ciudad

Asunto: Concepto institucional al Proyecto de ley número 11 de 2012 Senado, por medio de la cual se modifica el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, por la cual se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, y se adoptan disposiciones sobre los regímenes pensionales exceptuados y especiales y se dictan otras disposiciones.

Respetado señor Secretario:

De manera atenta, me permito emitir concepto institucional en relación con el proyecto de ley del asunto de la referencia, de acuerdo con los temas de competencia de esta cartera Ministerial, en los siguientes términos:

1. Pretensiones del proyecto de ley

Mediante el proyecto de ley sometido a consideración de este Ministerio, se pretende adicionar el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, por medio del cual se modificaron los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, para incluir como beneficiario de la pensión de sobrevivientes al cónyuge inocente en el divorcio judicialmente decretado, siempre y cuando reúna las siguientes condiciones:

1. Que estuviere recibiendo alimentos por parte del causante.
2. Que dentro del proceso de sucesión del causante no se hubiera deducido de los bienes relictos la asignación alimentaria forzosa a favor del cónyuge inocente.
3. Que tenga cincuenta (50) años o más de edad en caso de ser mujer, o cincuenta y cinco (55) años o más de edad en caso de ser hombre, y
4. Que nunca haya cotizado al Sistema de Seguridad Social en Pensión.

La pensión de sobrevivientes le será reconocida al cónyuge inocente de manera vitalicia, en

proporción al número de semanas que el causante hubiera cotizado durante el tiempo de convivencia con aquel.

En síntesis, el proyecto pretende convertir en beneficiario de la pensión de sobrevivientes al cónyuge inocente¹ del causante, a quien este último pagaba alimentos, siempre que de los bienes relictos no se hubiere deducido alguna cuota alimentaria; que fuere mayor de 50 (mujer) o de 55 años (hombre); y que nunca hubiere cotizado al sistema de seguridad social.

2. Normatividad vigente

La Constitución Política, dispuso en el artículo 48 lo siguiente:

“La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley.

“Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.

“El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la ley.

“La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley.

“No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella.

“La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante.

“<Inciso adicionado por el artículo 1° del Acto Legislativo número 1 de 2005. El nuevo texto es el siguiente:> El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas.

“<Inciso adicionado por el artículo 1° del Acto Legislativo número 1 de 2005. El nuevo texto es el siguiente:> Sin perjuicio de los descuentos, deducciones y embargos a pensiones ordenados de acuerdo con la ley, por ningún motivo podrá dejarse de pagar, congelarse o reducirse el valor de la mesada de las pensiones reconocidas conforme a derecho.

“<Inciso adicionado por el artículo 1° del Acto Legislativo número 1 de 2005. El nuevo texto es el siguiente:> Para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo

de servicio, las semanas de cotización o el capital necesario, así como las demás condiciones que señala la ley, sin perjuicio de lo dispuesto para las pensiones de invalidez y sobrevivencia. Los requisitos y beneficios para adquirir el derecho a una pensión de invalidez o de sobrevivencia serán los establecidos por las leyes del Sistema General de Pensiones.

“<Inciso adicionado por el artículo 1° del Acto Legislativo número 1 de 2005. El nuevo texto es el siguiente:> (...).

“<Inciso adicionado por el artículo 1° del Acto Legislativo número 1 de 2005. El nuevo texto es el siguiente:> (...).

“<Inciso adicionado por el artículo 1° del Acto Legislativo número 1 de 2005. El nuevo texto es el siguiente:> (...).

“<Inciso adicionado por el artículo 1° del Acto Legislativo número 1 de 2005. El nuevo texto es el siguiente:> (...).

“<Inciso adicionado por el artículo 1° del Acto Legislativo número 1 de 2005. El nuevo texto es el siguiente:> (...).

“<Inciso adicionado por el artículo 1° del Acto Legislativo número 1 de 2005. El nuevo texto es el siguiente:> (...).

“Parágrafo 1°. <Parágrafo adicionado por el artículo 1° del Acto Legislativo número 1 de 2005. El nuevo texto es el siguiente:> (...).

“Parágrafo 2°. <Parágrafo adicionado por el artículo 1° del Acto Legislativo número 1 de 2005. El nuevo texto es el siguiente:> (...).

“Parágrafo transitorio 1°. (...).

“Parágrafo transitorio 2°. (...).” (Las negrillas no son del texto).

El artículo 20 de la Ley 100 de 1993, estableció que las pensiones de sobrevivientes se financian de la siguiente manera:

“En el régimen de prima media con prestación definida el 10.5% del ingreso base de cotización se destinará a financiar la pensión de vejez y la constitución de reservas para tal efecto. El 3% restante sobre el ingreso base de cotización se destinará a financiar los gastos de administración y la pensión de invalidez y sobrevivientes.

“(...)” (Las negrillas no son del texto).

Por su parte, el Decreto Reglamentario número 832 de 1996 previó lo siguiente:

Artículo 6°. *“Financiación de la pensión mínima de invalidez y de sobrevivientes en el régimen de prima media. En el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, la entidad administradora podrá asumir directamente, con cargo al fondo común, los riesgos de invalidez y muerte, constituyendo las reservas respectivas, o podrá contratar los seguros correspondientes”.* (Las negrillas no son del texto).

Artículo 8°. *“Financiación de la pensión mínima de invalidez y de sobrevivientes en el régimen de ahorro individual. En el Régimen de Aho-*

¹ Es decir, el excónyuge que no fue el culpable del divorcio.

rrro Individual con Solidaridad, la Pensión Mínima de Invalidez y de Sobrevivientes se financiará con los recursos de la cuenta de ahorro individual incluidas las cotizaciones voluntarias, el valor de los bonos y/o títulos pensionales cuando a ello hubiere lugar y con la suma adicional que sea necesaria para completar el capital que financie el monto de la pensión mínima.

“La suma adicional necesaria para obtener dicha garantía, estará a cargo de la aseguradora con la cual se haya contratado el seguro de invalidez o sobrevivientes según el caso.

“Las entidades administradoras deberán contratar los seguros que garanticen el pago de las pensiones en los términos de los artículos 40 y 48 de la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta que en ningún caso las pensiones podrán exceder el 75% del ingreso base de liquidación ni ser inferiores al salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de la causación del derecho.

“En consecuencia, las administradoras deberán adicionar los contratos celebrados y que se encuentran vigentes, o celebrar un nuevo contrato que ampare dichos riesgos.

“Parágrafo. Las cotizaciones voluntarias no harán parte del capital para financiar las pensiones de invalidez y sobrevivientes, salvo que ello se requiera para financiar la pensión mínima o que así lo disponga el afiliado o sus beneficiarios para el caso de la pensión de sobrevivientes. En el caso en que no se requiera o no se disponga de las cotizaciones voluntarias, para los efectos a que se ha hecho referencia, estas deberán quedar a disposición del afiliado o de sus beneficiarios en su cuenta de ahorro individual”.

El artículo 13 de la Ley 797 de 2003 modificó los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, en los siguientes términos:

“Artículo 47. Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

“a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;

“b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

“Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

“En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá al cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente;

“c) Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes (...)²; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, esto es, que no tienen ingresos adicionales, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuándo hay invalidez, se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993;

“d) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente (...)³ de este;

“e) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, padres e hijos con derecho, serán beneficiarios los hermanos inválidos del causante si dependían económicamente de este.

“Parágrafo. Para efectos de este artículo se requerirá que el vínculo entre el padre, el hijo o el hermano inválido sea el establecido en el Código Civil”.

Por último, el Código Civil dispone lo siguiente:

“Artículo 411. Titulares del derecho de alimentos. <Apartes tachados INEXEQUIBLES> Se deben alimentos:

“1°. <Numeral CONDICIONALMENTE exequible> Al cónyuge.

2°. A los descendientes legítimos.

3°. A los ascendientes legítimos.

² Texto omitido declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante [Sentencia C-1094 de 2003](#).

³ Texto omitido declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante [Sentencia C-111 de 2006](#).

4°. <Numeral modificado por el artículo 23 de la Ley 1ª de 1976. El nuevo texto es el siguiente:> **A cargo del cónyuge culpable, al cónyuge divorciado o separado de cuerpo sin su culpa.**

5°. <Numeral modificado por el artículo 31 de la Ley 75 de 1968. El nuevo texto es el siguiente:> **A los hijos naturales, su posteridad legítima y a los nietos naturales.**

6°. <Numeral modificado por el artículo 31 de la Ley 75 de 1968. El nuevo texto es el siguiente:> **A los Ascendientes Naturales.**

7°. **A los hijos adoptivos.**

8°. **A los padres adoptantes.**

9°. **A los hermanos legítimos.**

10. **Al que hizo una donación cuantiosa si no hubiere sido rescindida o revocada.**

La acción del donante se dirigirá contra el donatario.

“No se deben alimentos a las personas aquí designadas en los casos en que una ley se los niegue”. (Las negrillas no son del texto).

“Artículo 1016. <Deducciones>. <Palabra tachada INEXEQUIBLE.> En toda sucesión por causa de muerte, para llevar a efecto las disposiciones del difunto o de la ley, se deducirán del acervo o masa de bienes que el difunto ha dejado, incluso los créditos hereditarios:

“1°. Las costas de la publicación del testamento, si lo hubiere, y las demás anexas a la apertura de la sucesión.

2°. Las deudas hereditarias.

3°. Los impuestos fiscales que gravaren toda la masa hereditaria.

4°. Las asignaciones alimenticias forzosas.

5°. <Numeral CONDICIONALMENTE exequible> La porción conyugal a que hubiere lugar, en todos los órdenes de sucesión, menos en el de los descendientes legítimos. El resto es el acervo líquido de que dispone el testador o la ley”.

3. Análisis de constitucionalidad

Estudiado el texto del Proyecto de ley número 11 de 2012 y su exposición de motivos, este Ministerio considera que, en principio, su contenido se ajusta a lo dispuesto en el **inciso 9° del artículo 48** de la Constitución, adicionado por el Acto Legislativo número 01 de 2005, según el cual “(...) *Los requisitos y beneficios para adquirir el derecho a una pensión de invalidez o de sobrevivencia serán los establecidos por las leyes del Sistema General de Pensiones*”.

Sin embargo, es importante señalar que la pensión de sobrevivientes constituye una expresión del derecho a la seguridad social consagrada en el artículo 48 de la Constitución, pues tiene una función específica que consiste en ayudar a la subsistencia de los beneficiarios del causante, especialmente a los que **tenían con él un vínculo afectivo, convivían con el mismo, lo acompañaron hasta su muerte y dependían económicamente** de él al momento de su fallecimiento.

Al respecto, en Sentencia T-122 de 2000⁴ la Corte Constitucional expresó:

“III. (...).

*“La ley colombiana ha contemplado la sustitución pensional como un mecanismo de seguridad social orientado a **proteger a los allegados de quien muere** siendo titular de una pensión. Se trata de garantizar a los sobrevivientes, normalmente el cónyuge superstite o el compañero o compañera permanente que sobrevive, y por supuesto a los hijos, **que dispondrán de unos recursos para su digno sostenimiento**, en forma tal que el deceso del pensionado no signifique una ruptura que afecte los derechos fundamentales del **núcleo familiar**.*

*“Factor primordial para la definición acerca de si quien solicita una pensión sustitutiva tiene o no derecho a ella es la demostración del **nexo que existía entre el solicitante y el titular de la pensión**, en cuanto se entiende que también **esa persona y el resto de la familia dependían de las mesadas percibidas por aquel**.*

“(…)”.

“(…)”.

En Sentencia T-593 de 2007⁵, Magistrado Ponente, doctor Rodrigo Escobar Gil, el Tribunal Constitucional se remitió al siguiente aparte jurisprudencial:

*“La Corte ha reconocido, en diferentes oportunidades, el **carácter fundamental** del derecho a la pensión de sobrevivientes, en cuanto su reconocimiento y pago efectivo **garantiza el mínimo vital de las personas que dependían económicamente del causante**. Sobre el particular, señaló esta Corporación: ‘Ese derecho, para los beneficiarios es derecho fundamental por estar contenido dentro de valores tutelables: el derecho a la vida, a la seguridad social, a la salud, al trabajo. Es inalienable, inherente y esencial. Y, hay una situación de indefensión del beneficiario respecto a quien debe pagarle la mesada’”.* (Las negrillas no son del texto).

Así mismo, en la Sentencia T-110 de 2011⁶ de la Corte Constitucional expresó:

“Naturaleza y finalidad de la pensión de sobrevivientes. La protección constitucional de la familia y el principio de igualdad entre parejas conformadas por cónyuges o compañeros permanentes en materia de sustitución pensional. (...).

“34. La pensión de sobrevivientes o sustitución pensional es una de las expresiones del derecho a la seguridad social consagrado en el artículo 48

⁴ Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión, Magistrado Ponente: Doctor JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO, Sentencia del diez (10) de febrero de dos mil (2000). Referencia: Expediente T-251059.

⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-173 de 1994, M. P. Alejandro Martínez Caballero, citado en T-593 de 2007.

⁶ Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión, Magistrado Ponente: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA Sentencia del veintidós (22) de febrero de dos mil once (2011). Referencia. Expediente T-2644270.

de la Constitución Política⁷. Esta prestación tiene por **objeto principal brindar una especial protección de tipo económico a la familia del asegurado o pensionado que fallece.**

“En uno de sus primeros pronunciamientos el Tribunal Constitucional indicó que la sustitución pensional o pensión de sobrevivientes, tiene como finalidad ‘evitar que **las personas allegadas al trabajador y beneficiarias del producto de su actividad laboral queden por el simple hecho de su fallecimiento en el desamparo o la desprotección.** Principios de justicia retributiva y de equidad justifican que **las personas que constituían la familia del trabajador tengan derecho a la prestación pensional del fallecido para mitigar el riesgo de viudez y orfandad al permitirles gozar post mortem del status laboral del trabajador fallecido**’⁸.

“Más recientemente, en Sentencia C-1094 de 2003, esta Corporación, refiriéndose a la pensión de sobreviviente o sustitución pensional, señaló que la ‘finalidad esencial de esta prestación social es la **protección de la familia como núcleo fundamental de la sociedad, de tal suerte que las personas que dependían económicamente del causante puedan seguir atendiendo sus necesidades de subsistencia**’⁹, sin que vean alterada la situación social y económica con que contaban en vida del pensionado o afiliado que ha fallecido¹⁰. Por ello, la ley prevé que, en aplicación de un determinado orden de prelación, **las personas más cercanas y que más dependían del causante y compartía con él su vida, reciban una pensión para satisfacer sus necesidades**’¹¹.

“Asimismo, la Corte Constitucional en Providencia C-336 de 2008 puntualizó que ‘la pensión de sobrevivientes es una institución de la seguridad social favorable a quienes se encuentran en situación involuntaria e insufrible de necesidad y requieren un tratamiento diferencial positivo o protector que les permita un reconocimiento digno e igualitario por parte de la sociedad’.

“35. A partir de la finalidad asignada a la pensión de sobrevivientes y la nutrida jurisprudencia constitucional sobre la materia, esta Corporación ha identificado la existencia de tres **principios cardinales sobre los que se edifica la pensión de sobrevivientes: (i) principio de estabilidad económica y social** para los allegados del causante, de acuerdo con el cual ‘la sustitución pensional responde a la necesidad de mantener para su beneficiario, al menos el mismo grado de seguridad social y económica con que contaba en vida del

pensionado fallecido, que al desconocerse puede significar, en no pocos casos, reducirlo a una evidente desprotección y posiblemente a la miseria’¹²; (ii) **principio de reciprocidad y solidaridad** entre el causante y sus allegados, en cuanto la prestación en comento se otorga en favor de **ciertas personas que sostuvieron una relación afectiva, personal y de apoyo con el asegurado**¹³ y (iii) **principio de universalidad** del servicio público de seguridad social, ‘toda vez que con la pensión de sobrevivientes se amplía la órbita de protección a favor de quienes probablemente estarán en incapacidad de mantener las condiciones de vida que llevaban antes del fallecimiento del causante’¹⁴. (Las negrillas no son del texto).

“(…). Así, la pensión de sobrevivientes es expresión de un servicio público de carácter obligatorio, sometido a la dirección y control del Estado y sujeto a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, según lo disponga la ley. (…). La intención del Constituyente es unívoca al incorporar a todos los ciudadanos en el sistema de seguridad social, de modo que queden cubiertos por los riesgos antes mencionados. En ese orden de ideas, ante la ocurrencia de siniestros, como es en el caso que nos ocupa el fallecimiento o la discapacidad de la persona que prodigaba el sustento del **núcleo familiar** dependiente, el legislador ha fijado una prestación que permite la continuidad de la pertenencia material al sistema, a través del reconocimiento de la pensión que sustituye el aporte económico del causante o discapacitado. El principio de universalidad se traduce, en el presente escenario, en la ausencia de interrupción en el acceso a los ingresos para la digna subsistencia del **núcleo familiar** dependiente del afiliado o pensionado. Sobre este respecto, la Corte ha insistido en que ‘según el principio de universalidad, la cobertura en la protección de los riesgos inherentes a la seguridad social debe amparar a todas las personas residentes en Colombia, en cualquiera de las etapas de su vida, sin discriminación alguna por razones de sexo, edad, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, etc.’¹⁵. En este sentido la Corporación ha hecho énfasis en que la universalidad implica que toda persona tiene que estar cobijada por el sistema de seguridad social y que ‘no es posible constitucionalmente que los textos legales excluyan grupos de personas, pues ello implica una vulneración al principio de universalidad’¹⁶¹⁷. (Las negrillas no son del texto).

⁷ Cfr: Corte Constitucional, Sentencia C-336 de 2008.

⁸ Cfr: Corte Constitucional, Sentencia T-190 de 1993.

⁹ Al respecto esta Corporación había señalado que el propósito perseguido por la ley al establecer la pensión de sobrevivientes, es la de ofrecer un marco de protección a los familiares del afiliado o del pensionado que fallece, frente a las contingencias económicas derivadas de su muerte. Sentencia C-1176-01, [...].

¹⁰ Cfr: Corte Constitucional, Sentencia C-002 de 1999, [...].

¹¹ Cfr: Corte Constitucional, Sentencia C-080 de 1999.

¹² Cfr: Corte Constitucional, Sentencia C-1176 de 2001.

¹³ Cfr: Corte Constitucional, Sentencia C-1035 de 2008.

¹⁴ Cfr: Corte Constitucional, Sentencia C-336 de 2006.

¹⁵ Ver entre otras las Sentencias C-623 y C-1024 de 2004, así como la Sentencia C-823 de 2006.

¹⁶ Cfr: Corte Constitucional, Sentencia C-823 de 2006.

¹⁷ Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión Magistrado Ponente: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA. Sentencia T-716 de 2011, veintidós (22) de septiembre de dos mil once (2011).

Por último, en un reciente fallo de unificación jurisprudencial, la Corte expresó que la “(...) *pen- sión de sobrevivientes, [es una] prestación que tie- ne como finalidad garantizarles a los beneficiarios recursos suficientes para subsistir con dignidad tras la muerte de la persona de quien dependían para satisfacer sus necesidades básicas. (...)*”¹⁸. (Las negrillas no son del texto).

De acuerdo con los anteriores pronunciamien- tos jurisprudenciales, la finalidad de la pensión de sobrevivientes consiste definitivamente en ayudar al cónyuge supérstite o el compañero o compañe- ra permanente que sobrevive, y por supuesto a los hijos, para que dispongan de unos recursos para su digno sostenimiento, y de esta manera proteger los derechos fundamentales del **núcleo familiar**.

En general, los criterios que ha tenido el legis- lador para determinar quiénes deben ser los bene- ficiarios de la pensión de sobrevivientes han sido de orden **afectivo**, tales como la **cercanía afectiva con el causante, y la convivencia** con este duran- te cierto tiempo hasta el momento de su muerte, y de orden **económico**, como la dependencia eco- nómica con respecto al causante pensionado, y la incapacidad por razón de la edad, del estudio o de la invalidez para valerse por sí solo.

Para este Ministerio, es claro que de conformi- dad con la jurisprudencia de la Corte Constitucio- nal sobre la materia, la pensión de sobrevivientes se ha instituido para proteger el **núcleo familiar**, es decir, a las **personas más cercanas al causante, que tenían un vínculo afectivo, que convivieron con él y le brindaron apoyo hasta el momento de su muerte y además dependían económica- mente del mismo**.

En esas condiciones, el Ministerio considera que **no** se debe incluir como beneficiario de esa pensión al cónyuge divorciado inocente toda vez que, si bien podía depender económicamente del causante (al ser beneficiario del pago de alimen- tos), **ya no pertenecía a su núcleo familiar**, pre- cisamente por haberse divorciado (pues con el di- vorcio se disuelve el vínculo jurídico) y, por ende, no puede considerarse como un familiar cercano o allegado que merezca una protección especial para mitigar el dolor que le pueda producir la muerte y no desampararlo económicamente.

De otra parte, se considera que el proyecto de ley sometido a consideración de este Ministerio, atenta contra el principio de **sostenibilidad finan- ciera** de las pensiones previsto en el mismo artí- culo 48 de la Carta, y no contiene análisis alguno en torno a la financiación de la pensión de sobre- vivencia para el cónyuge divorciado inocente, ni “asegura” dicha sostenibilidad, como lo expresa el inciso 7º del mencionado artículo 48¹⁹.

¹⁸ Corte Constitucional. Sala Plena. M. P. María Victoria Calle Correa. Sentencia SU-158 del 21 de marzo de 2013. Expediente T-3331829.

¹⁹ “(...) *Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legis- lativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ella*”.

En efecto, de conformidad con la Ley 100 de 1993 y el Decreto Reglamentario número 832 de 1996 la pensión de sobrevivientes en el sistema de prima media con prestación definida se financia con cargo a un fondo común, y con cargo a los re- cursos de la cuenta de ahorro individual incluidas las cotizaciones voluntarias, el valor de los bonos y/o títulos pensionales cuando a ello hubiere lug- ar y con la suma adicional que sea necesaria para completar el capital que financie el monto de la pensión mínima (a cargo de una compañía asegu- radora).

En la Sentencia C-671 de 2001²⁰, la Corte Constitucional reiteró que la pensión de sobrevi- vientes es la prestación que se deriva del asegu- ramiento del riesgo de muerte del pensionado o afiliado, la cual se financia con cargo a un **Fon- do común** conformado por las cotizaciones de los pensionados y de los demás afiliados al sistema en el caso del Régimen de Prima Media, o con cargo a una **compañía de seguros** en el caso del Régimen de Ahorro Individual. En efecto:

“(...)”.

“*En el régimen de prima media se crea un fon- do o reserva especial para el pago de estas presta- ciones dentro de la administradora y en el régimen de ahorro individual se adquiere un seguro pre- visional de invalidez y sobrevivientes para todos los afiliados cotizantes. En ambos casos el pago se realiza mensualmente.*”

“*Si no existe el pago de este valor, no se podrá constituir la mutualidad y no se contará con re- cursos para reconocer la pensión de invalidez o sobrevivencia.*”

“*Esta mutualidad, además, es la forma en la cual se expresa el principio de solidaridad involu- crado en ambos regímenes para estas pensiones, pues en prima media los aportes de los activos permiten asumir estas pensiones directamente (autoseguro) y en el régimen de ahorro indivi- dual, en adición a lo anterior, las pólizas prevén un mecanismo de participación de utilidades para los afiliados.*”

“(...)”.

“*Lo anterior, es la aplicación práctica a la ne- cesaria fidelidad que se requiere para dar viabili- dad económica a las pensiones que se reconoce.*”

“(...)”.

“*Al respecto la Corte hace énfasis en que pre- tender la ampliación de cobertura sin tener en cuenta los equilibrios financieros mínimos que le den viabilidad, resultaría totalmente irrazonable, pues pondría en peligro la posibilidad misma de asegurar la prestación respectiva*”. (Las negrillas no son del texto).

Según lo previsto en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la

²⁰ Corte Constitucional, Sala Plena, M. P.: Doctor ÁLVA- RO TAFUR GALVIS. Sentencia del trece (13) de junio del 2001. Referencia: Expediente D-3280. Actor: Luis Ernesto Arciniegas Triana.

Ley 797 de 2003, los **beneficiarios** señalados en el artículo 47 podrán tener derecho a una pensión de sobrevivientes, siempre y cuando el causante afiliado hubiere cotizado **cincuenta semanas dentro de los tres últimos años** inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten ciertas condiciones. De la exposición de motivos de la mencionada Ley 797 (que fue de iniciativa gubernamental), así como de los diversos debates que se surtieron en el Congreso sobre sus respectivos proyectos, se puede deducir que las medidas adoptadas en ese año, entre otras, los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes, se establecieron luego de que el Gobierno hiciera los respectivos cálculos sobre su viabilidad financiera.

En efecto, el legislador del año 2003 pretendió introducir una reforma profunda al Sistema General de Pensiones para asegurar su, ya amenazada, sostenibilidad económica. Por esa razón, al regular la pensión de sobrevivientes, **previó un tiempo mínimo de cotización**, considerando que las sumas recibidas para cubrir el riesgo de muerte, unidas a las que aportan todos los demás afiliados cotizantes, **resultaban suficientes** para generar un fondo común separado o una mutualidad que asumiera estas prestaciones para beneficiar a los integrantes del grupo familiar.

En esas condiciones, aumentar la cobertura de la pensión de sobrevivientes a nuevos beneficiarios, necesariamente tendrá un **efecto en los costos** de la misma, cuyo análisis se echa de menos en el Proyecto de ley número 11 de 2012 Senado y en su exposición de motivos, contrariando lo dispuesto en el inciso 7° del artículo 48 de la Constitución, según el cual **“Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas”** y en el artículo 7°, inciso 2° de la Ley 819 de 2003, según el cual **“(…) para estos propósitos, deberá incluirse expresamente en la exposición de motivos y en las ponencias de trámite respectivas los costos fiscales de la iniciativa y la fuente de ingreso adicional generada para el financiamiento de dicho costo”** (destaco).

En síntesis, en la medida en que aumente el número de beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, el valor del siniestro (o la suma adicional que debe aportar el fondo común o la compañía de seguros con cargo al seguro de invalidez o muerte) será **mayor** y requerirá de **nuevas fuentes de financiación**, máxime en este caso en el que se pretende beneficiar al cónyuge divorciado inocente con una pensión de sobrevivientes **vitalicia**. Por tanto, una ampliación en el número de beneficiarios, por lo menos debería implicar un aumento en el número de semanas y el tiempo de cotización previstos en la Ley 797 de 2003.

4. Análisis de conveniencia

Con base en lo anteriormente expuesto, este Ministerio considera inconveniente, además de inconstitucional, la iniciativa de incluir al cónyuge divorciado inocente dentro de los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes.

5. Concepto

Por lo expuesto anteriormente, este Ministerio considera que el Proyecto de ley número 11 de 2012 Senado debe ser archivado.

Atentamente,

Rafael Pardo Rueda,
Ministro del Trabajo.

c.c Ponentes: Claudia Wilches Sarmiento, Gloria Inés Ramírez Ríos, Edinson Delgado Ruiz.

* * *

CONCEPTO JURÍDICO DEL MINISTERIO DE TRABAJO AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 238 DE 2013 SENADO

por la cual se establece el fuero de paternidad, se amplía el periodo de presunción de despido por motivo de embarazo o lactancia, y se dictan otras disposiciones (Ley José).

Bogotá, D. C., 3 de octubre de 2013

Doctor

GREGORIO ELJACH PACHECO

Secretario

Senado de la República

Ciudad

Asunto: Alcance al Concepto institucional al Proyecto de ley número 238 de 2013 Senado, *por la cual se establece el fuero de paternidad, se amplía el periodo de presunción de despido por motivo de embarazo o lactancia, y se dictan otras disposiciones (Ley José).*

Respetado señor Secretario:

En relación con el proyecto de ley de la referencia y, después de haberlo discutido con su autor, el honorable Senador José Félix Valera, de manera atenta me permito dar alcance al concepto institucional sobre el proyecto de ley de la referencia, en los siguientes términos:

1. Pretensiones del proyecto de ley

Mediante el proyecto de ley citado en el asunto, se pretende esencialmente adoptar las siguientes medidas:

a) La ampliación del período de presunción de despido injustificado por motivo de embarazo o lactancia (de 3 a 6 meses), prevista en el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, a fin de que coincida con el término previsto en el mismo código para los descansos remunerados durante la lactancia.

b) La creación del *fuero de paternidad*, mediante un nuevo artículo del citado Código (el 240 A). Esta última figura consiste en la prohibición de despido de todo trabajador (sin autorización del Inspector de Trabajo), cuyo cónyuge o compañera permanente se encuentre en estado de embarazo y no tenga un empleo formal. El objeto de esta figura es proteger especialmente a los niños que estén por nacer, como complemento del *fuero de maternidad* ya existente.

Normatividad vigente

1.1. Ordenamiento interno:

La Constitución Política estableció una protección especial a la familia, a la mujer en estado de gravidez o embarazo, así como a los derechos de los niños:

“Artículo 42. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

“El Estado y la sociedad garantizan la **protección integral de la familia**. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable.

“La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables.

“Las relaciones familiares se basan en la **igualdad de derechos y deberes de la pareja** y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes. (Las negrillas no son del texto).

“Artículo 43. 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 estuviere desempleada o desamparada.

“El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia”. (Las negrillas no son del texto).

“Artículo 44. Son **derechos fundamentales de los niños**: La vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

“La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para **garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos**. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños **prevalecen sobre los derechos de los demás**”. (Las negrillas no son del texto).

“Artículo 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

“Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabi-

lidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; **protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad**.

“(…)”. (Las negrillas no son del texto).

Por su parte, el Código Sustantivo del Trabajo dispone lo siguiente:

“CAPÍTULO V.

Protección a la maternidad y protección de menores.

“Artículo. Protección a la maternidad. <Artículo adicionado por el artículo 33 de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> **La maternidad gozará de la protección especial del Estado**”. (Las negrillas no son del texto).

“Artículo 236. Descanso remunerado en la época del parto (...)”.

“Artículo 239¹. Prohibición de despedir. <Artículo modificado por el artículo 2° de la Ley 1468 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:>

“1. Ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia.

“2. **Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando ha tenido lugar dentro del periodo del embarazo [o] dentro de los tres meses posteriores al parto y sin autorización de las autoridades de que trata el artículo siguiente.**

“3. Las trabajadoras de que trata el numeral uno (1) de este artículo que sean despedidas sin autorización de las autoridades competentes, tienen derecho al pago de una **indemnización** equivalente a los salarios de sesenta (60) días, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el contrato de trabajo.

“4. En el caso de la mujer trabajadora además, tendrá derecho al pago de las catorce (14) semanas de descanso remunerado a que hace referencia la presente ley, si no ha disfrutado de su licencia por maternidad; en caso de parto múltiple tendrá el derecho al pago de dos (2) semanas adicionales y, en caso de que el hijo sea prematuro, al pago de la diferencia de tiempo entre la fecha del alumbramiento y el nacimiento a término”. (Las negrillas y subrayas no son del texto).

“Artículo 240. Permiso para despedir:

“1. **Para poder despedir a una trabajadora durante el periodo de embarazo o los tres meses posteriores al parto, el {empleador} necesita la**

¹ El texto original del artículo 239 había sido declarado exequible por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-470 de 1997.

autorización del Inspector del Trabajo, o del Alcalde Municipal en los lugares en donde no existiere aquel funcionario.

“2. El permiso de que trata este artículo sólo puede concederse con el fundamento en alguna de las causas que tiene el {empleador} para dar por terminado el contrato de trabajo y que se enumeran en los artículos 62 y 63. Antes de resolver, el funcionario debe oír a la trabajadora y practicar todas las pruebas conducentes solicitadas por las partes.

“3. Cuando sea un Alcalde Municipal quien conozca de la solicitud de permiso, su providencia tiene carácter provisional y debe ser revisada por el Inspector del Trabajo residente en el lugar más cercano”. (Las negrillas no son del texto).

“Artículo 241. Nulidad del despido. <Artículo modificado por el artículo 8° del Decreto número 13 de 1967. El nuevo texto es el siguiente:>

“1. El empleador está obligado a **conservar el puesto a la trabajadora que esté disfrutando de los descansos remunerados de que trata este capítulo, o de licencia por enfermedad motivada por el embarazo o parto.**

“2. **No producirá efecto alguno el despido que el empleador comunique a la trabajadora en tales periodos, o en tal forma que, al hacer uso del preaviso, este expire durante los descansos o licencias mencionados**”. (Las negrillas no son del texto).

Así mismo, la Ley 823 de 2003, “Por la cual se dictan normas sobre igualdad de oportunidades para las mujeres”, ordenó:

“Artículo 7°. Conforme a lo dispuesto por el artículo 43 de la Constitución, **la mujer gozará de la especial asistencia y protección del Estado durante el embarazo y después del parto.** Para el cumplimiento de esta obligación, el Gobierno Nacional diseñará planes especiales de atención a las mujeres no afiliadas a un régimen de seguridad social.

“Dentro de los doce meses siguientes a la vigencia de la presente ley, el Gobierno Nacional establecerá un programa de subsidio alimentario para la mujer embarazada que estuviere desempleada o desamparada”. (Las negrillas no son del texto).

Ahora bien, específicamente para el **sector público**, se encuentran vigentes las siguientes normas:

Ley 197 de 1938, artículo 2°:

“La mujer que sea despedida sin causa que justifique ampliamente dentro del período del **embarazo y los tres meses posteriores al parto**, comprobada esta circunstancia mediante certificado de facultativo, sin perjuicio de las indemnizaciones a que pudiera dar lugar, conforme a los contratos de trabajo o a las disposiciones legales que rigen

la materia, tiene derecho a los salarios correspondientes a noventa días.” (Las negrillas no son del texto).

Decreto número 3135 de 1968³, artículo 21⁴:

“Artículo 21. Prohibición de despido. Durante el **embarazo y los tres meses posteriores al parto** o aborto, sólo podrá efectuarse el retiro por justa causa comprobada y mediante autorización del inspector del trabajo si se trata de trabajadora o por resolución motivada del jefe del respectivo organismo si es empleada.

“Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de **embarazo** cuando ha tenido lugar dentro de los periodos señalados en el inciso anterior sin las formalidades que el mismo establece. En este caso, la empleada o trabajadora tiene derecho a que la entidad donde trabaje le pague una **indemnización** equivalente a los salarios o sueldos de sesenta (60) días, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar, de acuerdo con su situación legal o contractual, y además, el pago de las ocho (8) semanas de descanso remunerado, si no lo ha tomado”. (Las negrillas no son del texto).

Ley 909 de 2004, artículo 51:

“Artículo 51. Protección a la maternidad.

“1. **No procederá el retiro de una funcionaria con nombramiento provisional, ocurrido con anterioridad a la vigencia de esta ley, mientras se encuentre en estado de embarazo o en licencia de maternidad.**

2. Cuando un cargo de carrera administrativa se encuentre provisto mediante nombramiento en período de prueba con una empleada en estado de embarazo, dicho periodo se interrumpirá y se reiniciará una vez culmine el término de la licencia de maternidad.

3. Cuando una empleada de carrera en estado de embarazo obtenga evaluación de servicios no satisfactoria, la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento se producirá dentro de los ocho (8) días calendario siguientes al vencimiento de la licencia de maternidad.

4. Cuando por razones del buen servicio deba suprimirse un cargo de carrera administrativa ocupado por una empleada en estado de embarazo y no fuere posible su incorporación en otro igual o equivalente, deberá pagársele, a título de indemnización por maternidad, el valor de la remuneración que dejare de percibir entre la fecha de la supresión efectiva del cargo y la fecha probable del parto, y el pago mensual a la correspondiente entidad promotora de salud de la parte de la cotización al Sistema General de Seguridad Social en Salud que corresponde a la entidad pública en los términos de la ley, durante toda la etapa de gestación y los tres (3) meses posteriores al parto, más

³ Reglamentado por el Decreto número 1848 de 1968, modificado por el Decreto número 722 de 1973.

⁴ Declarado exequible por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-470 de 1997.

² Declarado exequible por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-470 de 1997.

las doce (12) semanas de descanso remunerado a que se tiene derecho como licencia de maternidad. A la anterior indemnización tendrán derecho las empleadas de libre nombramiento y remoción y las nombradas provisionalmente con anterioridad a la vigencia de esta ley.

“Parágrafo 1º. Las empleadas de carrera administrativa tendrán derecho a la indemnización de que trata el presente artículo, sin perjuicio de la indemnización a que tiene derecho la empleada de carrera administrativa, por la supresión del empleo del cual es titular, a que se refiere el artículo 44 de la presente ley.

“Parágrafo 2º. En todos los casos y para los efectos del presente artículo, la empleada deberá dar aviso por escrito al jefe de la entidad inmediatamente obtenga el diagnóstico médico de su estado de embarazo, mediante la presentación de la respectiva certificación”.

Por el lado de la **protección especial de la mujer** embarazada o no y el compromiso del Estado por el logro de su **autonomía económica**, se encuentra la siguiente norma:

Ley 1257 de 2008

Artículo 2º. Definición de violencia contra la mujer.

Por violencia contra la mujer se entiende cualquier acción u omisión, que le cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual, psicológico, **económico o patrimonial por su condición de mujer**, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, bien sea que se presente en el ámbito público o en el privado.

Artículo 6º. La interpretación y aplicación de esta ley se hará de conformidad con los siguientes principios:

“5. Autonomía. El Estado reconoce y protege la **independencia de las mujeres para tomar sus propias decisiones sin interferencias indebidas**”.

Artículo 7º. Derechos de las mujeres.

“Además de otros derechos reconocidos en la ley o en tratados y convenios internacionales debidamente ratificados, las mujeres tienen derecho a una vida digna, a la integridad física, sexual y psicológica, a la intimidad, a no ser sometidas a tortura o a tratos crueles y degradantes, **a la igualdad real y efectiva, a no ser sometidas a forma alguna de discriminación, a la libertad y autonomía, al libre desarrollo de la personalidad, a la salud, a la salud sexual y reproductiva y a la seguridad personal.** (Negrillas fuera del original).

1.2. Instrumentos internacionales:

A continuación, se mencionan algunos de los instrumentos internacionales, algunos de los cuales han sido ratificados por Colombia y aprobados por ley de la República, razón por la cual forman parte del “bloque de constitucionalidad” de conformidad con lo previsto en el artículo 93 de la

Constitución Política, y otros que hacen parte de la corriente de interpretación dominante de muchos de los derechos acá enunciados.

Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales, aprobado mediante Ley 74 de 1968:

Artículo 10.2 “Se debe conceder especial protección a las madres durante un periodo de tiempo razonable antes y después del parto”.

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobado mediante Ley 51 de 1981, artículo 11

Los Estados Partes deben adoptar medidas adecuadas para “Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil”; y en el artículo 12.2, que “los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el periodo posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario”.

Por otro lado el Comité Cedaw, encargado de la interpretación de la Convención ha establecido:

Recomendación General N°19 (11º periodo de sesiones, 1992) sobre “La violencia contra la mujer”.

23. (...) La falta de independencia económica obliga a muchas mujeres a permanecer en situaciones violentas. La negación de sus responsabilidades familiares por parte de los hombres puede ser una forma de violencia y coerción. Esta violencia compromete la salud de la mujer y entorpece su capacidad de participar en la vida familiar y en la vida pública en condiciones de igualdad.

Declaración y Plataforma de acción de Beijing que incluye el compromiso de:

Párrafo 26. (...) Promover la independencia económica de la mujer, incluido su empleo, y erradicar la carga persistente y cada vez mayor de la pobreza que recae sobre las mujeres, combatiendo las causas estructurales de esta pobreza mediante cambios en las estructuras económicas, garantizando la igualdad de acceso a todas las mujeres, incluidas las de las zonas rurales, como agentes vitales del desarrollo, a los recursos productivos, oportunidades y servicios públicos.

La Declaración de Filadelfia. Declaración Referente a los Fines y Objetivos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Il literal a). Todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo, tienen el derecho de perseguir su bienestar material, y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y de igualdad de oportunidades;

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, aprobado mediante Ley 319 de 1996, ordenó:

Artículo 15. Derecho a la constitución y protección de la familia.

“1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por el Estado quien deberá velar por el mejoramiento de su situación moral y material.

2. Toda persona tiene derecho a constituir familia, el que ejercerá de acuerdo con las disposiciones de la correspondiente legislación interna.

3. Los Estados Partes mediante el presente Protocolo se comprometen a brindar adecuada protección al grupo familiar y en especial a:

a) Conceder atención y ayuda especiales a las madres antes y durante un lapso razonable después del parto;

b) Garantizar a los niños una adecuada alimentación, tanto en la época de lactancia como durante la edad escolar;

c) Adoptar medidas especiales de protección de los adolescentes a fin de garantizar la plena maduración de sus capacidades física, intelectual y moral;

d) Ejecutar programas especiales de formación familiar a fin de contribuir a la creación de un ambiente estable y positivo en el cual los niños perciban y desarrollen los valores de comprensión, solidaridad, respeto y responsabilidad.

“Artículo 16. Derecho de la niñez. Todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo niño tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres, salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre. Todo niño tiene derecho a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental, y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo”.

2. Análisis de constitucionalidad

Estudiado nuevamente el texto del Proyecto de ley número 238 de 2013 Senado y su exposición de motivos, este Ministerio considera que su contenido es en parte coherente con lo dispuesto en la Constitución Política y demás normas vigentes, toda vez que propende por la protección tanto de la mujer en estado de embarazo o que recientemente ha dado a luz, como de los niños recién nacidos o que estén por nacer.

Así, la medida de ampliación de la protección por maternidad propuestas por el proyecto de ley es acorde con la abundante jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la “estabilidad reforzada” de la mujer, de la cual se destacan los pronunciamientos efectuados en Sentencia T-054 de 2011⁵,

⁵ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-054 de 2011. Magistrado Ponente Jorge Iván Palacio.

Sentencia T-105 de 2011⁶ y T-095 de 2008⁷, entre muchos otros. En especial, el Proyecto de ley número 238 de 2013 guarda total coherencia con una reciente sentencia de unificación SU-071 de 2013⁸, en la que la Corte Constitucional concluyó:

*“9. La Corte concluye entonces, que las disposiciones constitucionales y las normas internacionales establecen una **garantía reforzada a la estabilidad en el trabajo de las mujeres que se encuentran en periodo de embarazo y lactancia**. En este sentido, la Corte ha indicado que ‘en desarrollo del principio de igualdad y en aras de garantizar el derecho al trabajo de la mujer embarazada (...) tiene un derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada, pues una de las manifestaciones más claras de discriminación sexual ha sido, y sigue siendo, el despido injustificado de las mujeres que se encuentran en estado de gravidez, debido a los eventuales sobrecostos o incomodidades que tal fenómeno puede implicar para las empresas”⁹.*

*“11. Ahora bien, la protección reforzada de la mujer embarazada, estaría incompleta si no abarcara también la **protección de la maternidad**, es decir, la protección a la mujer que ya ha culminado el periodo de gestación y ha dado a luz. En esa medida, dicho mandato guarda estrecha relación con los contenidos normativos constitucionales que hacen referencia a la protección de los niños y de la familia. En efecto, de esa manera se pretende que la mujer pueda brindar la necesaria atención a sus hijos, sin que por ello sea objeto de discriminaciones en otros campos de la vida social, como el trabajo, buscando entre otros, ‘**garantizar el buen cuidado y la alimentación de los recién nacidos**”¹⁰.*

*“En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha considerado que el fuero de maternidad previsto en el Código Sustantivo del Trabajo, además de prevenir y sancionar la discriminación por causa o razón del embarazo, desde una perspectiva constitucional e internacional, **debe servir también para garantizar a la mujer embarazada o lactante un salario o un ingreso que le permita una vida en condiciones dignas y el goce del derecho al mínimo vital y a la salud, de forma independiente**.*

Los múltiples fundamentos constitucionales a los que se ha hecho referencia muestran que, tal y como la Corte lo ha indicado en reiteradas

⁶ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-105 de 2011. Magistrado Ponente Nilson Pinilla.

⁷ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-095 de 2008. Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto.

⁸ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-071 de 2013. Magistrado Ponente Alexei Julio Estrada.

⁹ Citando la Sentencia T-005 de 2009. Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño.

¹⁰ Citando la Sentencia T-568 de 1996. Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

oportunidades¹¹, la mujer embarazada y lactante goza de la especial protección del Estado y de la sociedad, lo cual tiene una consecuencia jurídica importante: el ordenamiento jurídico debe brindar una garantía especial y efectiva a los derechos de la mujer que va a ser madre, o que acaba de serlo¹².

“Por consiguiente, los principios constitucionales contenidos en el artículo 53, que son normas directamente aplicables a todas las relaciones laborales, tal y como esta Corporación lo ha señalado en múltiples oportunidades, adquieren, si se quiere, todavía mayor fuerza normativa cuando se trata de una mujer embarazada, por cuanto ella debe ser protegida en forma especial por el ordenamiento jurídico. (Las negrillas no están en el texto original).

En conclusión, este Ministerio considera que la primera medida propuesta por el proyecto de ley sometido a su estudio, es decir, la ampliación del período de presunción de despido por motivo de embarazo o lactancia (de 3 a 6 meses), encuentran total respaldo constitucional y jurisprudencial, así como en los instrumentos internacionales aprobados por ley de la República, toda vez que propenden por la protección de los derechos del recién nacido o del que está por nacer y, a la vez, tienden a proteger efectivamente los derechos de la mujer embarazada o que acaba de ser madre.

Sin embargo, en lo referente al fuero de paternidad es decir, el artículo 2° de este proyecto de ley, el Ministerio encuentra tres puntos que deben ser centrales en el debate y que impiden que el texto del proyecto de ley tal como está tenga total apoyo del Ministerio.

En primera medida, considera que la redacción del artículo 240A tiene un lenguaje descontextualizado de otros avances jurisprudenciales. Pues al insistir en “garantizar el desarrollo armónico e integral de los niños desde que son **concebidos** y hasta los primeros meses de vida”, no tiene en cuenta que la Corte Constitucional ha fijado en Sentencia C-355 de 2006¹³:

“(…) que el derecho a la vida del *nasciturus* no es absoluto, explicando que bajo ninguna de las posibilidades interpretativas se puede llegar a afirmar que el derecho a la vida del *nasciturus* o el deber de adoptar medidas legislativas por parte del Estado, sea de naturaleza absoluta. Según la Corte, la Convención Interamericana de Derechos Humanos en su enunciado normativo, contempla la posibilidad de que en ciertos eventos excepcionales la ley no proteja la vida desde el momento de la concepción”¹⁴.

En palabras de las Cortes, la protección a la concepción no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general, con ese marco interpretativo, el Ministerio propone tener en cuenta tales interpretaciones en la eventual construcción del fuero de paternidad.

Segundo, el Ministerio considera que la estabilidad laboral que se le otorgaría a la pareja trabajadora de la mujer embarazada desempleada o informal, no se encuentra en perfecta comunión con la jurisprudencia constitucional. Si bien la Corte ha insistido en que el fuero reforzado de estabilidad laboral de las mujeres embarazadas o lactantes, les permite a las mujeres garantizar el mínimo vital del recién nacido, esa protección deviene de la discriminación sufrida por la mujer en el lugar de trabajo, por razón de su embarazo o lactancia, discriminación que se cristaliza en el despido. De esta forma, tal discriminación crea un perjuicio desproporcionado tanto para ella como para el recién nacido, y en esa medida, es deber del Estado crear las condiciones para que dichas discriminaciones no ocurran, y si ocurren sean sancionadas y generen la indemnización y el reintegro de la trabajadora. En este sentido, la protección constitucional no nace como una garantía al mínimo vital del menor, sino como una medida que busca atacar la discriminación que sufren las mujeres en estado de embarazo o lactancia.

Por todo lo anterior, extender la estabilidad laboral reforzada al cónyuge o compañero permanente de la mujer embarazada o lactante desempleada o informal, carece de fundamento jurisprudencial. Toda vez que se interpreta inadecuadamente la protección a la maternidad y lactancia, en la medida en que estos elementos constituyen para la mujer una condición propia de su estado que implica una movilización de recursos¹⁵ por parte del empleador, que no se configuran en el hombre, toda vez que no es el que gesta. De igual forma, este tipo de norma no redistribuye derechos de manera eficiente, pues olvida que la protección especial a la mujer embarazada y lactante, tiene un correlato en la discriminación que podría sufrir por el hecho de ser mujer, mientras que la protección

que: “(...) el término “concepción” no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer, dado que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede. (...) De la misma forma, la Corte ha utilizado los diversos métodos de interpretación, los cuales han llevado a resultados coincidentes, en el sentido de que el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana. Asimismo, luego de un análisis de las bases científicas disponibles, la Corte concluyó que la “concepción” en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4° de la Convención. Además, es posible concluir que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo”.

¹¹ Ver, entre muchas otras, las Sentencias T-606 de 1995, T-106 de 1996; T-568 de 1996; T-694 de 1996; C-710 de 1996; T-270 de 1997.

¹² *Ob. Cit.* Sentencia C-470 de 1997.

¹³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-355 de 2006 Magistrados Ponentes Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández.

¹⁴ Al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado en el mismo sentido al afirmar

¹⁵ En términos de tiempo y movilización de capital humano, por licencias, permisos, incapacidades y ausencias.

acá propuesta, protege al hombre de despidos por tener una cónyuge o compañera permanente embarazada o lactante, ya no por discriminación, sino para garantizarle un ingreso a la familia.

Adicional a lo anterior, el artículo 2° de este proyecto de ley desconoce que la ilegalidad del despido de mujeres embarazadas o lactantes no es absoluta, pues el mismo Código Sustantivo del Trabajo (CST) en su artículo 240, introduce el “Permiso para despedir”. Dicho requisito establece que para poder despedir a una trabajadora durante el período de embarazo o los tres meses posteriores al parto, el empleador necesita la autorización del Inspector del Trabajo, o del Alcalde Municipal, en los lugares en donde no exista Inspector. Dicho permiso solo puede concederse con el fundamento en alguna de las causas que tiene el empleador para dar por terminado el contrato de trabajo y que se enumeran en los artículos 62 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo.

De esta forma, todos los despidos de los hombres con cónyuge o compañera permanente embarazada o lactante serían justificados, a pesar de que el proyecto de ley entrara en vigor, pues su despido nunca será por el hecho de su embarazo o lactancia, que es lo que protege el fuero de estabilidad laboral reforzada de maternidad.

Finalmente, al Ministerio le preocupa que este fuero termine aumentando la violencia contra las mujeres por parte de sus compañeros permanentes o cónyuges. Lo anterior, porque al estudiar el artículo 2° de este proyecto de ley a la luz de la teoría de la “vulnerabilidad explotable”¹⁶, se evidencia que uno de los efectos no esperados de esta medida es la creación de incentivos para que las mujeres no salgan al mercado de trabajo formal, pues esta es la condición para que su compañero o cónyuge pueda gozar de la estabilidad laboral reforzada. Por otro lado, al crear una protección derivada de la informalidad o desempleo de la mujer, se crea un incentivo a la no participación de estas en el mercado de trabajo formal, esto es particularmente perjudicial, pues se les hace más dependientes económicamente de sus familiares y del Estado, asignándoles poder para controlar sus conductas. Esta dependencia es explotable de varias maneras, la violencia física y sexual de los cónyuges o compañeros es una de las más comunes, tal como lo ha reconocido la Corte Constitucional¹⁷, al establecer que las mujeres víctimas de violencia doméstica están en situación de indefensión en razón de su dependencia económica.

Análisis de conveniencia

En esas condiciones, este Ministerio considera conveniente el artículo 1° del Proyecto de ley nú-

mero 238 de 2013 Senado. Sin embargo, en cuanto a la ampliación del período de presunción de despido por motivo de embarazo o lactancia (de 3 a 6 meses), sugiere extender esta medida a las mujeres que tengan alguna vinculación legal o contractual con el Estado (servidoras públicas), a efectos de que estas últimas se beneficien de la misma, en **igualdad de condiciones** con las mujeres que trabajan para el sector privado, con independencia del vínculo que tengan (nombramiento, contrato de trabajo oficial, contrato a término indefinido, contrato a término fijo, entre otros).

Por otra parte, encuentra inconveniente el contenido del artículo 2° del Proyecto de ley número 238 de 2013 Senado, por las razones antes expuestas y propone la eliminación del mismo proyecto de ley.

4. Concepto

Por lo expuesto anteriormente, este Ministerio considera que, previas las modificaciones propuestas, el Proyecto de ley número 238 de 2013 debe continuar su trámite.

Atentamente,

Rafael Pardo Rueda,
Ministro del Trabajo.

C.C. Autor: Honorable Senador José Félix Valera

Ponente: Honorable Senador Mauricio Ospina Gómez.

* * *

CONCEPTO JURÍDICO DEL MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 212 DE 2013 SENADO

por la cual se sanciona la pesca en la Isla de Malpelo.

Bogotá,

Doctor

GREGORIO ELJACH PACHECO

Secretario General

Senado

Congreso de la República

Ciudad

Asunto: Concepto del Proyecto de ley número 212 de 2013 Senado.

Respetado doctor Eljach:

De manera atenta le envío el concepto jurídico y técnico emitido por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural sobre el Proyecto de ley número 212 de 2013 Senado, *por la cual se sanciona la pesca en la Isla de Malpelo.*

Ponentes honorables Senadores *Alexandra Moreno Piraquive* y *Juan Lozano Ramírez*.

Cualquier aclaración o requerimiento adicional estaré presto a atenderle.

Cordialmente,

Rubén Darío Lizarralde Montoya,

Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural.

Anexo lo anunciado.

¹⁶ Véase Nancy Fraser (1997) *Iustitia interrupta: reflexiones críticas desde la posición postsocialista*, Bogotá, Universidad de los Andes y Siglo del Hombre Editores.

¹⁷ Ver por ejemplo las Sentencias: T-487 de 1994 M. P. José Gregorio Hernández; T-557 de 1995 M. P. Hernando Herrera Vergara; T-420 de 1996 M. P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-776 de 2010 M. P. Jorge Iván Palacio, entre otras.

Concepto sobre el Proyecto de ley número 212 de 2013 Senado, por la cual se sanciona la pesca en la Isla de Malpelo.

Una vez revisada la ponencia por parte del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, por medio de la presente nos permitimos rendir concepto sobre el proyecto de ley, *por la cual se sanciona la pesca en la Isla de Malpelo*, de la siguiente manera:

1. “Artículo 1º. Queda prohibido, tanto para nacionales como para extranjeros, toda clase de pesca y/o aprovechamiento del recurso hidrobiológico, así como el tránsito de embarcaciones pesqueras nacionales o extranjeras, en el área del Santuario de Fauna y Flora Malpelo, ubicada en el Pacífico colombiano, delimitada y alinderada por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. El desconocimiento de esta prohibición, generará las sanciones administrativas establecidas en la Ley 1333 de 2009 y las penales a que hubiere lugar...”

Frente al artículo precedente, este Ministerio se permite informar que de conformidad con el Decreto-ley 2811 de 1974, **por el cual se dicta el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente**, en su artículo 327, denomina como Sistema de Parques Nacionales el conjunto de áreas con valores excepcionales para el Patrimonio Nacional que, en beneficio de los habitantes de la Nación y debido a sus características naturales, culturales o históricas, se reserva y declara comprendida en cualquiera de las categorías establecidas, teniendo como finalidades principales las instauradas en el artículo 328, siendo las siguientes:

a) Conservar con valores sobresalientes de fauna y flora y paisajes o reliquias históricas, culturales o arqueológicas, para darles un régimen especial de manejo fundado en una planeación integral con principios ecológicos, para que permanezcan sin deterioro;

b) La de perpetuar en estado natural muestras de comunidades bióticas, regiones fisiográficas, unidades biogeográficas, recursos genéticos y especies silvestres amenazadas de extinción, y para:

Proveer puntos de referencia ambientales para investigaciones científicas, estudios generales y educación ambiental; mantener la diversidad biológica; asegurar la estabilidad ecológica, y

c) La de proteger ejemplares de fenómenos naturales, culturales, históricos y de otros de interés internacional, para contribuir a la preservación del patrimonio común de la humanidad.

De igual manera, el artículo 331 establece las actividades permitidas en el Sistema de Parques Nacionales, estableciendo las siguientes:

a) *En los Parques Nacionales, las de conservación, de recuperación y control, investigación, educación, recreación y de cultura;*

b) *En las reservas naturales las de conservación, investigación y educación;*

c) *En las áreas naturales únicas las de conservación, investigación y educación;*

d) *En los santuarios de flora y fauna, las de conservación, de recuperación y control, de investigación y educación, y*

e) *En las vías parques, las de conservación, educación, cultura y recreación.*

Así mismo, el artículo 332 considera que las actividades permitidas en las áreas de sistemas de Parques Nacionales deberán realizarse de acuerdo con las siguientes definiciones:

a) De conservación: Son las actividades que contribuyen al mantenimiento de su estado propio, de los recursos naturales renovables y al de las bellezas panorámicas y fomentan el equilibrio biológico de los ecosistemas;

b) De investigación: Son las actividades que conducen al conocimiento de ecosistemas y de aspectos arqueológicos y culturales, para aplicarlo al manejo y uso de los valores naturales e históricos del país;

c) De educación: Son las actividades permitidas para enseñar lo relativo al manejo, utilización y conservación de valores existentes y las dirigidas a promover el conocimiento de las riquezas naturales e históricas del país y de la necesidad de conservarlas;

d) De recreación: Son las actividades de esparcimiento permitidas a los visitantes de áreas del Sistema de Parques Nacionales;

e) De cultura: Son las actividades tendientes a promover el conocimiento de valores propios de una región;

f) De recuperación y control: Son las actividades, estudios e investigaciones, para la restauración total o parcial de un ecosistema o para acumulación de elementos o materias que lo condicionan.

Por otro lado, el Decreto número 622 de 1977 establece en su artículo 30 “Prohíbanse las siguientes conductas que pueden traer como consecuencia la alteración del ambiente natural de las áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales”, siendo las siguientes:

“(…)

8. *Toda actividad que el Inderena determine que pueda ser causa de modificaciones significativas del ambiente o de los valores naturales de las distintas áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales.*

9. *Ejercer cualquier acto de caza, salvo la caza con fines científicos.*

10. *Ejercer cualquier acto de pesca, salvo la pesca con fines científicos debidamente autorizada por el Inderena, la pesca deportiva y la de subsistencia en las zonas donde por sus condiciones naturales y sociales el Inderena permita esta clase de actividad, siempre y cuando la actividad autorizada no atente contra la estabilidad ecológica de los sectores en que se permita.*

(…)” **negrita fuera de contexto.**

Por otra parte, la Ley 99 de 1993 *por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental (SINA), y se dictan otras disposiciones*, en su artículo 5°, numeral 18, el Ministerio de Ambiente tiene entre sus funciones “Fijar los cupos globales y determinar las especies para el aprovechamiento de bosques naturales y la obtención de especímenes de flora y fauna silvestres, teniendo en cuenta la oferta y la capacidad de renovación de dichos recursos, con base en los cuales las Corporaciones Autónomas Regionales otorgarán los correspondientes permisos, concesiones y autorizaciones de aprovechamiento”.

Dicho lo anterior, el Ministerio del Medio Ambiente, hoy Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, de conformidad con la Ley 1444 de 2011 expidió la Resolución número 1292 del 31 de octubre de 1995, por la cual se reserva, alinda y declara el santuario de fauna y flora Malpelo.

Así mismo, el anterior Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, expidió la Resolución número 149 del 20 de octubre de 2006, *por medio de la cual se adoptan medidas de control sobre algunas áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales, prohibiendo la pesca deportiva sobre las zonas marinas localizadas dentro de los límites de las áreas protegidas del Sistema de Parques Nacionales Naturales* que se enumeran a continuación:

Parque Nacional Natural Tayrona

Parque Nacional Natural Corales del Rosario y San Bernardo

Parque Nacional Natural Gorgona

Parque Nacional Natural Old Providence & Mac Bean Lagoon

Vía Parque Isla Salamanca

Santuario de Fauna y Flora El Corchal del Mono Hernández

Santuario de Fauna y Flora Malpelo.

Finalmente, frente al tema de aleteo y pesca, la Autoridad Nacional de Acuicultura y Pesca (AUNAP) expidió las Resoluciones números 744 del 9 de octubre de 2012, 190 del 22 de febrero de 2012 y 375 de abril 17 de 2013.

Por todo lo anterior, este Ministerio considera que frente al artículo 1° del Proyecto de ley número 212 de 2013, que se encuentra cursando en la Plenaria del Senado, **ya se encuentra regulado en la normativa colombiana.**

Adicionalmente, es necesario conocer si el alcance de este proyecto es fortalecer los procesos sancionatorios nacionales, porque en caso de ser positivo, esta iniciativa debería ampliarse a todo el territorio marítimo nacional y no circunscribirse solamente a la Isla de Malpelo.

2. “**Artículo 2°.** El que pesque dentro del territorio marítimo definido como perteneciente al san-

tuario de la Isla de Malpelo, incurrirá en la pena privativa de la libertad y en la sanción pecuniaria prevista en el artículo 335 del Código Penal (Ley 599 de 2000).

Frente a este artículo este Ministerio considera que tal como se encuentra regulada la “Ilícita actividad de pesca” en el artículo 335 del Código Penal cubre la pesca en zonas prohibidas tal como sería el caso del Santuario de Malpelo, por tanto ratifica lo planteado frente al artículo 1° que la normativa vigente ya regula el tema y no es necesaria una nueva norma en el mismo sentido.

3. “**Artículo 3°.** *Notificaciones a ciudadanos extranjeros.* En las actuaciones sancionatorias ambientales las notificaciones a ciudadanos extranjeros se surtirán en los términos que establece la Ley 1333 de 2009.

Este Ministerio considera que es necesario determinar tal como lo establece el artículo 20 de la Ley 1333 de 2009, que las notificaciones en las actuaciones sancionatorias ambientales se surtirán en los términos del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) no en los términos de la Ley 1333 de 2009.

4. “**Artículo 4°.** *Cuando el infractor de las disposiciones a que se refiere el artículo 1° sea un extranjero residente en Colombia, se le cancelará de forma automática su permiso de residencia, extendiéndosele dicha prohibición a la expedición de visa para ingresar al territorio colombiano, por un término de 20 años”.*

Frente al artículo en mención, consideramos que por tratarse de temas relacionados con aspectos de permisos de residencias internacionales, no tiene competencia para abordar dicho tema, ya que la misma recae en el Ministerio de Relaciones Exteriores y Migración Colombia que son las entidades competentes sobre la materia.

5. “**Artículo 5°.** *Administración de bienes utilizados para la ilícita actividad de pesca o violación de fronteras para la explotación o aprovechamiento de los recursos naturales. Las embarcaciones y demás medios utilizados para la infracción de actividad de pesca, la explotación o aprovechamiento de los recursos naturales, serán administrados desde la imposición de la medida preventiva hasta su decomiso definitivo y disposición final por el Fondo Especial para la administración de bienes que se crea para tal fin.*

El Fondo Especial para administración de bienes utilizados para la ilícita actividad de pesca o violación de fronteras para la explotación o aprovechamiento de los recursos naturales, estará administrado por la Autoridad Marítima Colombiana.

Parágrafo 1°. *El Fondo Especial para administración de bienes utilizados para la ilícita actividad de pesca o violación de fronteras para la explotación o aprovechamiento de los recursos*

naturales, es una cuenta especial sin personería jurídica administrada por el Director de la Autoridad Marítima Colombiana.

Parágrafo 2º. Los bienes, el producto de su venta y administración, ingresarán al Fondo Especial para administración de bienes utilizados para la ilícita actividad de pesca o violación de fronteras para la explotación o aprovechamiento de los recursos naturales y serán asignados para fines de protección, conservación y restauración de las áreas marinas e insulares protegidas.

Parágrafo 3º. Recursos del fondo. Los recursos requeridos para el funcionamiento del Fondo Especial para administración de bienes utilizados para la ilícita actividad de pesca o violación de fronteras para la explotación o aprovechamiento de los recursos naturales, estarán constituidos por:

1. Las partidas destinadas a la administración del Fondo en el Presupuesto de Parques Nacionales Naturales, la Autoridad Nacional de Acuicultura y Pesca, las Corporaciones Autónomas Regionales competentes y la Dirección General Marítima.

2. Los bienes sobre los cuales se ha declarado el decomiso definitivo a favor del Fondo Especial para administración de bienes utilizados para la ilícita actividad de pesca o violación de fronteras para la explotación o aprovechamiento de los recursos naturales, así como el producto de su administración.

3. Los rendimientos y los frutos que pudieran generar los bienes que hacen parte del Fondo Especial para administración de bienes utilizados para la ilícita actividad de pesca o violación de fronteras para la explotación o aprovechamiento de los recursos naturales.

4. Las donaciones o aportes al fondo especial de bienes, de procedencia nacional o de cooperación internacional.

5. Los demás recursos que sean transferidos al Fondo Especial por parte de autoridades competentes.

6. Los demás que señalen la ley”.

En primer lugar, la parte inicial del artículo menciona lo siguiente: “Artículo 5º. Administración de bienes utilizados para la ilícita actividad de pesca o violación de fronteras para la explotación o aprovechamiento de los recursos naturales”. El anterior enunciado amplía la aplicación del proyecto de ley no solo a los casos de Ilícita Actividad de Pesca en Malpelo, sino que se extiende a la violación de fronteras para la explotación o aprovechamiento de los recursos naturales regulada en el artículo 329 del Código Penal y parece tener un carácter universal al no limitarlo solamente al tema de la ilícita actividad de pesca.

Esta Cartera considera que el artículo es poco claro y resulta riesgoso por las consecuencias que puede generar esa presunta universalidad, aun cuando el proyecto de ley se refiere a la pesca ilegal en la Isla de Malpelo.

Además, la propuesta establece un régimen especial y un Fondo específico para el caso de Malpelo, violando con esto el principio de la generalidad de la ley, que para el caso de la ilícita actividad de pesca debe fijarse de manera general para todo el territorio marítimo del país y no limitarlo solo a Malpelo.

Igualmente, esta Cartera considera que se debe concertar con la Autoridad Nacional de Acuicultura y Pesca (AUNAP) y demás autoridades interesadas en la materia, sobre la entidad que asumirá las diferentes actuaciones administrativas como consecuencia del decomiso (mantenimiento y seguridad) de una embarcación.

No se entiende por qué y cuáles son las razones para que la Autoridad Marítima Colombiana sea la encargada de la administración del Fondo Especial. Además los recursos determinados en el parágrafo 3º inciso 1º provienen de otras entidades como lo son:

“1. Las partidas destinadas a la administración del Fondo en el Presupuesto de Parques Nacionales Naturales, la Autoridad Nacional de Acuicultura y Pesca, las Corporaciones Autónomas Regionales competentes y la Dirección General Marítima”.

Igualmente, la anterior redacción es confusa. No queda claro por qué se incluyen presupuestos de entidades que no van a tener incidencia sobre la administración del Fondo, aparte de la entrega de recursos.

De igual forma, con el proyecto de ley se desconoce el trabajo que viene realizando la Mesa Nacional de Pesca Ilegal liderada por la DIMAR con la participación de un equipo de técnicos de entidades que tienen injerencia con el control de la pesca ilegal, como son los Ministerios de Relaciones Exteriores, Agricultura y Desarrollo Rural y el de Ambiente y Desarrollo Sostenible, la AUNAP, la DIMAR, la Fiscalía General de la Nación y Parques Nacionales Naturales, Armada Nacional y Migración Colombia, donde varios de los puntos propuestos se han debatido de acuerdo con las competencias de cada entidad, se han identificado las debilidades y fortalezas en los procedimientos que como Estado colombiano, tenemos que coordinar en las acciones para que durante los procesos se aúnen esfuerzos en la cadena de custodia y lograr sanciones que permitan mitigar y desalentar las actividades ilícitas de pesca en toda la jurisdicción nacional.

En ese sentido, si el ámbito de aplicación de esta ley abarca el territorio nacional marítimo, permitiría utilizar el recaudo de su administración en las prioridades de las entidades, comunidades, regiones, etc. afectadas por las ilícitas actividades de pesca. Esto sería solo en el caso de macroelementos como lo son las embarcaciones incautadas o decomisadas, ya que su mantenimiento hasta el fallo sancionatorio en un muelle o puerto genera costos, los cuales actualmente asume el infractor.

Es importante señalar que la normativa vigente en temas de pesca y acuicultura, Ley 13 de 1990 y Decreto número 2256 de 1991, regula los procesos sancionatorios, la disposición final de los productos de la pesca y artes de pesca utilizadas en la ilícita actividad de pesca.

Esta Cartera recomienda concertar no solo con los entes antes mencionados sino con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público por el impacto fiscal que tiene esta iniciativa y porque afecta directamente los recursos escasos de entidades como la Autoridad Nacional de Acuicultura y Pesca (AUNAP), entidad adscrita al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural.

Además se recuerda que a nivel de la Fiscalía General de la Nación, ya existe un fondo de administraciones de bienes, el cual lo único que requiere es adecuar su reglamentación para que se permita incluir las situaciones relacionadas con la ilícita actividad de pesca.

Finalmente, en el presente artículo se plantea la figura de venta lo cual plantea todo un debate de carácter constitucional:

Parágrafo 2º. *Los bienes, el producto de su venta y administración, ingresarán al Fondo Especial para administración de bienes utilizados para la ilícita actividad de pesca o violación de fronteras para la explotación o aprovechamiento de los recursos naturales y serán asignados para fines de protección, conservación y restauración de las áreas marinas e insulares protegidas.*

Esta Cartera considera que las disposiciones de decomiso y venta pueden ser consideradas como una especie de extinción de dominio o expropiación sin indemnización. Lo anterior viciaría de inconstitucionalidad este proyecto de ley.

El Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural encuentra que este artículo debe ser retirado y no entiende por qué crear toda una institucionalidad como un Fondo de la naturaleza descrita en el artículo 5º para los casos de pesca ilegal específicamente en la Isla de Malpelo y menos el porqué del ente que los administrará.

Inconveniencia del proyecto de ley

El Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y la Autoridad Nacional de Acuicultura y Pesca (AUNAP) encuentran inconveniente el presente proyecto de ley debido a que las disposiciones que se plantean en los artículos 1º, 2º y 3º ya están reguladas en la normativa vigente colombiana.

Asimismo, no encuentra proporcionalidad alguna entre las medidas que se planean para prevenir la pesca ilegal en la Isla de Malpelo; frente a las medidas por ilícita actividad de pesca en el territorio marítimo nacional, al crear un Fondo que tiene impacto fiscal además de imponerle a entidades como la AUNAP el aporte de recursos para dicho Fondo sin incluirla en la administración y beneficio del mismo.

Por último, esta Cartera considera inconveniente el proyecto de ley, teniendo en cuenta que las leyes deben regular situaciones generales y no particulares.

Por los elementos expuestos en el presente escrito, este Ministerio solicita el archivo del Proyecto de ley número 212 de 2013 Senado.

CONTENIDO

Gaceta número 848 - Martes, 22 de octubre de 2013

SENADO DE LA REPÚBLICA	Págs.
CONCEPTOS JURÍDICOS	
Concepto Jurídico del Ministerio de Hacienda y Crédito Público al Proyecto de ley número 263 de 2013 Cámara, 283 de 2013 Senado, por medio de la cual se expide el Código de Extinción de Dominio.	1
Concepto Jurídico del Ministerio de Trabajo al Proyecto de ley número 11 de 2012 Senado, por medio de la cual se modifica el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, por la cual se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, y se adoptan disposiciones sobre los regímenes pensionales exceptuados y especiales y se dictan otras disposiciones.	8
Concepto Jurídico del Ministerio de Trabajo al Proyecto de ley número 238 de 2013 Senado, por la cual se establece el fuero de paternidad, se amplía el periodo de presunción de despido por motivo de embarazo o lactancia, y se dictan otras disposiciones (Ley José).	14
Concepto Jurídico del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural al Proyecto de ley número 212 de 2013 Senado, por la cual se sanciona la pesca en la Isla de Malpelo.	20