



# GACETA DEL CONGRESO

SENADO Y CÁMARA

(Artículo 36, Ley 5ª de 1992)

IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA  
www.imprenta.gov.co

ISSN 0123 - 9066

AÑO XXVII - N° 10

Bogotá, D. C., miércoles, 31 de enero de 2018

EDICIÓN DE 34 PÁGINAS

DIRECTORES:

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

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

RAMA LEGISLATIVA DEL PODER PÚBLICO

## CÁMARA DE REPRESENTANTES

### PROYECTOS DE LEY

#### PROYECTO DE LEY NÚMERO 199 DE 2017 CÁMARA

*por medio del cual se introducen algunas disposiciones en materia de contratación estatal.*

##### 1. OBJETO DEL PROYECTO

El objeto de la presente ley busca crear mecanismos de transparencia en los contratos que el estado suscriba con terceros.

##### 2. JUSTIFICACIÓN

##### LA PARTICIPACIÓN EN POLÍTICA DE CONTRATISTAS

Ante la tajante prohibición de participación en política de los funcionarios públicos y el alto número de sanciones disciplinarias que se producen con ocasión de esta conducta por parte de la Procuraduría General de la Nación, algunos políticos necesitados de sus cuotas para trabajar en campaña, encontraron en la prestación de servicios la modalidad contractual que permite conservar las mismas en las entidades públicas y ponerlas al servicio de sus intereses electorales.

La prestación de servicios se pensó como un mecanismo para prestar aquellos servicios que la entidad no estaba en capacidad de suministrar en razón de un déficit temporal de personal o una demanda superior a la habitual, también para realizar las labores que en razón de su complejidad, el personal de planta no las puede prestar, lo que en todo caso es para solucionar necesidad transitorias ya que no pueden en ningún momento ser utilizada esta figura para cumplir el objeto misional de la entidad contratante, pues en ese caso esas funciones deberán ser prestadas por funcionarios públicos.

La participación en política de contratistas es hoy un factor que desequilibra la ya inclinada

balanza en las elecciones, en el caso de Bogotá, se calculó que a finales de la administración de Gustavo Petro la suma de contratistas de las distintas entidades del Distrito podía llegar alrededor de 30.000 personas<sup>1</sup>, dato que fue acompañado de distintas denuncias que reportaban la participación en política de contratistas e incluso funcionarios públicos a favor de la candidata presidencial Clara López de Polo Democrático<sup>2</sup>. Aún más grave, en un comunicado emitido por la Alcaldía Mayor el 7 de octubre, se recordaba a los funcionarios públicos su prohibición para participar en política, pero se recalca que la misma no regía para contratistas, reforzando la idea de la dañina intervención de personas remuneradas con dineros públicos en las campañas políticas.

En ese sentido, la propuesta que se presenta a consideración del Congreso busca que se limite esa posibilidad a través de una prohibición a la participación en política de las personas vinculadas a través de contratos de prestación de servicios, dándole como consecuencia jurídica a la infracción de la prohibición la terminación del contrato sin derecho a indemnización.

Adicionalmente, otra forma de desviación de los recursos públicos está en las contribuciones a campañas y a partidos políticos, que resultan una forma de participar en política en el caso de los funcionarios públicos, razón por la cual lo tienen proscrito, pero en el caso de las personas contratadas a través de contratos de prestación de servicios no existe esta prohibición, lo que lleva a

<sup>1</sup> <http://www.eltiempo.com/bogota/elecciones-2015-funcionarios-de-alcaldia-estarian-participando-en-campana-politica/16399783>

<sup>2</sup> <http://lasillavacia.com/historia/asi-se-pone-favor-de-clara-la-maquinaria-del-distrito-51901>

los contratistas a ser una fuente de financiación de las campañas, en la medida en que son los padrinos políticos quienes consiguen los contratos, muchas veces a cambio de un porcentaje que es usado para la financiación de las campañas y que entra a la contabilidad como un aporte de persona natural.

Ese tipo de prácticas han sido denunciadas en múltiples ocasiones, especialmente en los cuerpos colegiados de elección directa en donde hay unidades de apoyo normativo o legislativo y la nominación corresponde al congresista, diputado o concejal, en estos casos se ha sabido de la exigencia de porcentajes del salario, y son varios los que han llevado a sanciones disciplinarias e incluso a procesos de pérdida de investidura<sup>3</sup>.

De igual manera, el pago de favores a personas que han hecho contribuciones a campañas a través de contratos de prestación de servicios se ha convertido en un secreto a voces, las modalidades varían, en algunos casos a través de personas jurídicas que resultan beneficiarias de los contratos, donde el aportante es accionista, representante legal o tiene alguna posición que le permite percibir esos recursos, en otros sin ninguna vergüenza se contrata directamente.

De acuerdo con el hoy Senador Antonio Navarro es clara la intervención de dineros públicos en las campañas a través de contratistas, el Senador dice al respecto: “Yo que he estado en alcaldías y la Gobernación de Nariño pude mirar cómo funciona ese sistema, sí vale la pena ponernos a pensar seriamente cómo controlar que eso no siga sucediendo, porque alcaldes y gobernadores al servicio de contratistas son el pan nuestro de cada día, eso funciona y pesa mucho más que la mermelada oficial”<sup>4</sup>.

La Ley 1474 de 2011 “Estatuto Anticorrupción” en su artículo segundo introdujo una inhabilidad en este sentido, buscando que la contratación no fuera un camino para la financiación de las campañas políticas a cargos uninominales de elección popular, de esa manera dispuso que se encontraban inhabilitados para contratar en el nivel respectivo quienes hubieran hechos aportes superiores al 2.5% del tope máximo a invertir en las campañas, aun así hizo una excepción y excluyó de esta inhabilidad a quienes fueran contratados para la prestación de servicios profesionales.

La prestación de servicios profesionales en principio podría uno considerar no implica la destinación de sumas considerables de dinero que puedan llevar a la desviación de recursos por esa vía para la financiación de campañas políticas, aun así recientes revisiones de los valores que se destinan en ese tipo de contratos generan preocupación, a manera de ejemplo podemos citar

algunos contratos de este tipo que se suscribieron con la periodista Natalia Springer, la suma total asciende a un valor de 4.276 millones, los suscritos con el abogado Manuel José Cepeda por un valor superior a los 3.000 millones y aquellos que se suscribieron con el hoy fiscal por más de 1.000 millones.

En ese sentido, resulta pertinente crear la inhabilidad para que aquellos que financien campañas a cuerpos colegiados de elección directa, o realicen aportes económicos a los partidos o movimientos, no puedan ser posteriormente contratados a través de contratos de prestación de servicios, en el caso de las campañas para el periodo constitucional para el cual resulta electo el candidato y en el caso de los partidos por un término de 4 años.

### **LIMITACIÓN A LOS CONTRATISTAS DEL ESTADO**

En Colombia la contratación por prestación de servicios se convirtió en la modalidad preferida de las entidades estatales. Sin embargo, con este mecanismo de contratación se ha fomentado entre otros problemas: la corrupción en la selección del contratista, la creación de las nóminas paralelas que desarrollan los objetos misionales de cada entidad y por último el detrimento patrimonial del Estado al pagar por servicios que la misma entidad contratante puede ejecutar.

El Estado ha intentado controlar este fenómeno mediante la regulación por vía normativa y por eso, se han expedido diferentes disposiciones como: la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, Decreto número 1510 de 2013 entre otras.

Estas normas establecen los criterios (cuantía, modalidad, requisitos de los proponentes, interventora y supervisión, necesarios para desarrollar los procesos de contratación, suscribir los diferentes contratos mencionados en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y aquellos contratos que brindan apoyo a la administración o que son necesarios para desarrollar un fin transitorio.

No obstante, algunas de estas disposiciones normativas permiten a las entidades celebrar contratos de prestación de servicios sin limitación alguna, solo bajo el entendido de que esas personas (jurídicas o naturales) no desarrollen el objeto misional de la entidad contratante. Sin embargo, esta modalidad de contratación es la que más se emplea para suscribir contratos innecesarios por montos bastante altos y que en la mayoría de los casos no cumplen con el objeto de la contratación y resultan siendo una mera excusa para sustraer unos recursos a la entidad.

### **DERECHO COMPARADO**

- **Perú**

Este tipo de contrato es muy común en el ámbito privado y de contratación pública en varios países de Latinoamérica, en otros lugares es conocido con otro nombre, por ejemplo:

3 <http://www.elspectador.com/noticias/judicial/perdida-de-investidura-congresista-pedia-dinero-comunid-articulo-300737>

4 <http://www.elpais.com.co/elpais/elecciones-2015/noticias/est%C3%A1-demonstrado-que-montones-de-contratistas-financian-a-los-candidatos-nav>

En el Código Civil de este país, en el “**Artículo 1756**. Son modalidades de la prestación de servicios nominados:

- a) La locación de servicios;
- b) El contrato de obra;
- c) El mandato;
- d) El depósito;
- e) El secuestro”.

Sin embargo, existen otros géneros como la locación de servicios que resulta similar a la definición colombiana de contrato de prestación de servicios.

“**Artículo 1764**. Por la locación de servicios el locador se obliga, sin estar subordinado al comitente, a prestarle sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado, a cambio de una retribución”.

La regulación para este tipo de contrato y su limitación frente al desarrollo del objeto principal de cada una de las entidades del Estado, resulta similar a las normas de Colombia, sin embargo, frente al presupuesto exigen mayor austeridad.

*“(…) Así, podemos advertir que las Leyes Anuales de Presupuesto del Sector Público y sus normas de desarrollo han previsto medidas de austeridad y/o límites a la ejecución del presupuesto relacionadas con:*

*a) El aseguramiento de los recursos como requisito para la celebración de contratos de servicios no personales y/o locación de servicios, así como el alcance de las actividades a contratar (...)”<sup>5</sup>.*

De acuerdo a lo anterior, se puede inferir que para la celebración de esta clase de contratos es necesario prever una ejecución y uso efectivo de los recursos disponibles, para que el fin buscado con este tipo de contratación surta los efectos esperados y así mismo.

#### • México

En este país se estableció como parámetro de la contratación por servicios la austeridad frente al gasto; esto implica que el uso de los recursos destinados para la celebración y desarrollo de estos contratos se haga de manera eficiente y a la vez solo se suscriban los contratos de esta naturaleza que solo resulten necesarios para apoyar la labor de la administración.

En otras palabras, el fin que busca esta política de austeridad en el gasto es que solo se invierta en lo indispensable.

Por ejemplo, en el texto mediante el cual se fijan los lineamientos de racionalidad y austeridad presupuestaria 2015, se estableció para los contratos de prestación de servicio la aplicación de los principios de proporcionalidad, criterios de austeridad, y transparencia en su ejecución.

“**Cuarto**. El Secretario General de Servicios Administrativos, con el apoyo de los titulares de cada área, instruirá a las unidades ejecutoras del gasto, así como a las administradoras de gasto para que, en el ámbito de su competencia, instrumenten las medidas del presente acuerdo, tendientes a fomentar la racionalidad en la prestación de los servicios a su cargo y cumplan con los criterios de austeridad, proporcionalidad, equidad, rendición de cuentas y transparencia del ejercicio presupuestal”.

#### LÍMITE DE CONTRATOS QUE PUEDE SUSCRIBIR UNA PERSONA NATURAL O JURÍDICA CON EL ESTADO

En el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, da vida jurídica el contrato de prestación de servicios, como una figura de contratación estatal que se suscribe con personas naturales. Sin embargo, en el artículo 81 del Decreto número 1510 de 2013, indica que dicha figura contractual se puede suscribir con personas naturales y jurídicas, lo cual ha generado que quienes tengan vínculos contractuales con el Estado bajo la condición de persona natural, los tengan igualmente mediante la creación de figuras societarias, generando se concentre en una misma persona contratos adjudicados directamente y por intermedio de la sociedad para un contratista, a pesar de que existen otras personas que tienen la capacidad para prestar el servicio.

De acuerdo con lo anterior, en la práctica se ha visto que las personas naturales crean sus propias sociedades para suscribir varios contratos con las entidades estatales, algunas veces incumpliendo con las condiciones legales, por ejemplo: suscriben contratos de prestación de servicios para desarrollar actividades que el personal de planta de la entidad contratante puede ejecutar, generando más gastos para la entidad y por ende un detrimento patrimonial para el Estado.

Igualmente, es común que una sola persona suscribe varios contratos por prestación de servicios en un mismo periodo con varias entidades del Estado por cuantías importantes para desarrollar objetos contractuales que requieren bastante tiempo en investigación y elaboración, no siendo posible que la persona que fue contratada desarrolle la totalidad de los contratos personalmente, lo que lleva a que un contrato que se suscribe con una persona por su calidades específicas termine siendo desarrollado por terceros.

<sup>5</sup> SILVA SOLOGUREN, Juan Antonio. Jesús María. OPINIÓN N° 035-2009/DTN. Alcance de los literales f) y h) del numeral 3.3 del artículo 3° del Decreto Legislativo número 1017. Gobierno Regional del Callao [en línea]. 26 de mayo de 2009. [Fecha de Consulta: 05 de febrero de 2009]. Disponible en: <<http://www.osce.gob.pe/userfiles/archivos/035-09%20-%20GOB%20REG%20DEL%20CALLAO%20-%20Locacion%20de%20Servicios%20y%20CAS.doc>>

Por ejemplo, los contratos suscritos entre la Fiscalía General de la Nación y la polémica contratista Natalia Springer, revelan que la figura de contratación por prestación de servicios con entidades del Estado no tiene limitación alguna en cuanto a su cuantía, número de contratos que se pueden suscribir y tampoco se establece un verdadero criterio de necesidad para su celebración; este fenómeno que se desarrolla en todas las entidades estatales, está impidiendo adicionalmente la participación de otros contratistas que pueden desarrollar el objeto contractual, con la disponibilidad que implica un contrato de estas características, que es por lo general intuición persona, ya que es la especialidad lo que lleva a las entidades a buscar a estas personas para desarrollar a través de la prestación de servicios estos contratos, pues en principio la entidad no tiene en su plata de personal personas capacitadas para desarrollarlos.

Teniendo en cuenta lo anterior, resulta necesario modificar la legislación vigente para la suscripción de contratos de prestación de servicios, a fin de establecer unos límites legales al número de contratos que se permite sean suscritos, establecer el uso eficiente de los recursos destinados para esta figura contractual y de acuerdo con esto, cumplir con la necesidad de eliminar la exclusividad y preferencia injustificada sobre algunos contratistas.

Por lo anterior, uno de los objetivos del proyecto consiste en limitar la suscripción de los contratos por prestación de servicios a un total de cinco (5) con cada una de las personas seleccionadas por la entidad contratante o por un número inferior si alcanzan la cuantía total de (500) smlmv al celebrar este tipo de contratos con cualquier entidad del Estado.

Una vez estudiada la posibilidad de establecer la mencionada limitación, se puede afirmar que la mayoría de las personas que prestan servicios al Estado suscriben personalmente o por medio de sus sociedades más de 5 contratos con una misma entidad estatal o con varias al mismo tiempo; cada uno por sumas superiores a los 100 smlmv, como en el ejemplo mencionado anteriormente de la Fiscalía General de la Nación. Este fenómeno impide el acceso a otras personas con las mismas capacidades y la disponibilidad de tiempo para cumplir con celeridad e idoneidad la prestación de servicios que busca la administración e imposibilita igualmente el ejercicio del principio de eficacia de la contratación, toda vez que al no tener limitación alguna sea fomentada la “contratación a dedo”.

Por otro lado, existe el principio de temporalidad de los contratos de prestación de servicios, el cual consiste en que dicha figura contractual se suscribe por un tiempo determinado en el cual se desarrolla el servicio contratado, sin que esto signifique la

continuidad o permanencia en el tiempo con una entidad.

En consideración a lo anterior, en las entidades estatales, este principio es uno de los más vulnerados cuando se suscriben contratos por prestación de servicios toda vez que, con un mismo contratista se celebra un contrato tras otro en una misma vigencia fiscal o en dos vigencias consecutivas para desarrollar un mismo objeto contractual, es decir; se fracciona el propósito de la contratación por servicios en varios contratos y por diferentes cuantías, generando una vinculación indirecta con la entidad, evidencia que indica lo necesario que es limitar la cantidad de contratos que puede suscribir un contratista con el Estado en un mismo periodo y para esto se propone la fórmula establecida en el articulado.

### **Prohibiciones para la acumulación de experiencia**

#### **• Los requisitos habilitantes en la Contratación Estatal**

En los procesos de contratación estatal existe una serie de requisitos habilitantes, cuya función es dotar de elementos de juicio que guíen a la entidad estatal para que determine la aptitud del proponente que participa en los diferentes procesos de Contratación, estos requisitos habilitantes están diseñados para que posteriormente, en la etapa de selección la entidad pueda evaluar la capacidad jurídica, financiera, organizacional y la experiencia del proponente.<sup>6</sup>

La importancia de estos requisitos, se evidencia en el desarrollo legal que ha tenido el concepto y en la finalidad que persiguen los mismos, que además de evaluar la capacidad jurídica, financiera, organizacional y la experiencia del proponente, busca establecer unas condiciones mínimas que deben ser satisfechas por parte de los oferentes, para que estos se puedan postular en los procesos de contratación, permitiendo ello que la Entidad Estatal evalúe únicamente aquellas ofertas que satisfagan las exigencias mínimas del proceso de contratación.<sup>7</sup> Durante el proceso de seguimiento, la Entidad debe verificar y definir la forma en la que los proponentes deben acreditar los requisitos habilitantes, de experiencia, capacidad jurídica, capacidad financiera y capacidad organizacional.<sup>8</sup>

<sup>6</sup> Numeral 1 del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007.

<sup>7</sup> Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los Procesos de Contratación, Colombia Compra Eficiente. Consultado el 10 de febrero de 2016 en: [http://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/manuales/20140901\\_manual\\_requisitos\\_habilitantes\\_4\\_web.pdf](http://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/manuales/20140901_manual_requisitos_habilitantes_4_web.pdf)

<sup>8</sup> Sobre la verificación de los requisitos habilitantes, debe señalarse que, la exigencia de estos requisitos habilitantes no aplican en la modalidad de contratación directa, debido a que la Entidad Estatal escoge directamente a la persona natural o jurídica que debe ejecutar el objeto del Proceso de Contratación, sin embargo, la entidad Estatal

Sobre este respecto, debe advertirse que por disposición legal las Entidades Estatales deben establecer de forma adecuada y proporcional los requisitos habilitantes teniendo en cuenta entre otros aspectos la naturaleza y valor del contrato, y de este modo garantizar una selección objetiva en el procesos de contratación estatal.<sup>9</sup>

Al respecto de lo anterior, tal y como se ha señalado en las diferentes publicaciones y manuales de COLOMBIA COMPRA EFICIENTE, los conceptos, adecuado y proporcional, buscan que haya una profunda relación entre el contrato y **LA EXPERIENCIA del proponente y su capacidad jurídica, financiera y organizacional**, esto quiere decir, que los requisitos habilitantes exigidos deben guardar proporción con el objeto del contrato, su valor, complejidad, plazo, forma de pago y el riesgo asociado al Proceso de Contratación.<sup>10</sup> En consecuencia, es claro que en los procesos de contratación en los que el objeto del contrato no revista gran complejidad será posible establecer requisitos habilitantes de menor entidad.

#### De la experiencia como requisito habilitante

La Real Academia de la Lengua Española, señala que el término “Experiencia” reviste múltiples acepciones a saber:

- i. El hecho de haber sentido, conocido o presenciado alguien algo.
- ii. Práctica prolongada que proporciona conocimiento o habilidad para hacer algo.
- iii. Conocimiento de la vida adquirido por las circunstancias o situaciones vividas.
- iv. Circunstancia o acontecimiento vivido por una persona.
- v. Experimento.

De lo anterior se colige que el término hace alusión a un conocimiento previo sobre un aspecto en particular, y en ese sentido es claro

tiene el deber de revisar la idoneidad del contratista y verificar su capacidad jurídica, organización y de experiencia para obligarse y cumplir con el objeto del contrato. Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los Procesos de Contratación, Colombia Compra Eficiente. Consultado el 11 de febrero de 2016 en: [http://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/manuales/20140901\\_manual\\_requisitos\\_habilitantes\\_4\\_web.pdf](http://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/manuales/20140901_manual_requisitos_habilitantes_4_web.pdf)

<sup>9</sup> Artículo 5°, Ley 1150 de 2007, por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos.

<sup>10</sup> Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los Procesos de Contratación, Colombia Compra Eficiente. Consultado el 11 de febrero de 2016 en: [http://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/manuales/20140901\\_manual\\_requisitos\\_habilitantes\\_4\\_web.pdf](http://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/manuales/20140901_manual_requisitos_habilitantes_4_web.pdf)

que, la experiencia como requisito habilitante en los procesos de contratación estatal, haga alusión:

*“al conocimiento del proponente derivado de su participación previa en actividades iguales o similares a las previstas en el objeto del contrato” que pretende ejecutar, experiencia que puede ser adquirida por el oferente a través de contratos suscritos con entidades públicas, privadas, nacionales o extranjeros.* (Colombia Compra Eficiente, SF).

Debe destacarse que, la experiencia que debe ser acreditada como requisito habilitante para la suscripción de un contrato con el Estado, debe ser **adecuada**<sup>11</sup> y **proporcional**<sup>12</sup> a la naturaleza del contrato y su valor, como ya se advirtió en líneas precedentes.

En algunos procesos de contratación estatal es usual que por las necesidades de carácter técnico, económico, logístico y la acreditación de experiencia específica exigidas por la entidad Estatal para el desarrollo del objeto del contrato, resulte imposible que una única persona (natural o jurídica) satisfaga todas estas exigencias, y en consecuencia se haga imperativo acudir a diferentes formas de asociación para aunar esfuerzos y cumplir con los requisitos habilitantes exigidos por la entidad estatal para suscribir el contrato.

En este contexto, surgen diferentes formas de asociación como los consorcios, uniones temporales, promesa de sociedad futura, asociación público privada, figuras mediante las cuales un número plural de personas (naturales y/o jurídicas) se organizan para aunar esfuerzos y lograr acreditar los requisitos exigidos por los entes públicos o privados para la asignación de contratos, de manera que, la experiencia del oferente plural (unión temporal, consorcio y promesa de sociedad futura) corresponde a la suma de la experiencia que acredite cada uno de los integrantes del proponente plural<sup>13</sup>. Así es claro, que la experiencia dentro de los procesos de contratación estatal, únicamente puede ser acumulada a través de las figuras asociativas permitidas por la ley, en las que se evidencie el aporte (financiero, tecnológico, know how, ect) que realiza cada miembro del proponente plural

<sup>11</sup> La experiencia es adecuada cuando es afín al tipo de actividades previstas en el objeto del contrato a celebrar. CFR. Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los Procesos de Contratación. Página 8.

<sup>12</sup> *Ibid.*, la experiencia es proporcional cuando tiene relación con el alcance, la cuantía y complejidad del contrato a celebrar. Página 9.

<sup>13</sup> *Ibid.*, página 8. Por otra parte, cuando un proponente adquiere experiencia en un contrato como integrante de un contratista plural, la experiencia derivada de ese contrato corresponde a la ponderación del valor del contrato por el porcentaje de participación.

y la forma de distribución de los riesgos escogida por estos.

Así, una de las finalidades del presente proyecto de ley, es establecer de forma clara que en los procesos de contratación estatal, la única forma de acumular la experiencia sea a través de las figuras asociativas permitidas por la ley y de este modo evitar que a través de eufemismos y ambigüedades se vulnere el ordenamiento jurídico y se permita acumular o transmitir experiencia de una persona a otra, sin acudir a las figuras propias para hacerlo o sin tener en cuenta los requisitos establecidos por la ley.<sup>14</sup>

Sobre el particular, la Superintendencia de Sociedades en Concepto 220-053067 23-05-2013, señaló que, **la experiencia de una persona natural no es trasmisible a la sociedad de la cual forma parte**, reiterando lo señalado en conceptos precedentes<sup>15</sup>, en los que se consultó a la entidad lo siguiente:

*“Si se ha creado una S.A.S. y tiene menos de tres años de constituida y siendo socio de esta y poseo la experiencia”, se pregunta ¿hasta qué término de tiempo la sociedad en sí, puede acreditar la experiencia del socio?*

En dicha oportunidad, la entidad indicó que, aunque la pregunta es un tanto imprecisa, ha de entenderse que se trata de que la sociedad por acciones simplificadas haga suya la experiencia del accionista, por ejemplo, para participar en un proceso contractual.

Sobre ese respecto, la Superintendencia de Sociedades señaló que, la sociedad por acciones simplificadas sigue la regla según la cual, una vez constituida forma una persona distinta del socio individualmente considerado; **así las cosas, la persona jurídica deberá acreditarse por sí sola, con el desarrollo de su actividad empresarial, sin que le sea posible sumar o hacer suya la experiencia de quienes participan en ella en calidad de accionista**, salvo que el extremo contractual o ante quien pretenda licitar, autorice o permite que la pericia del accionista sea comunicada a la persona jurídica”.

Ahora bien, debe advertirse que en el mismo concepto, la Superintendencia de Sociedades, destaca que con la expedición del Decreto número 734 de 2012, se reconoce la experiencia del socio,

<sup>14</sup> Es usual que, en algunos procesos de licitación, los proponentes pretendan hacer valer la experiencia de los grupos empresariales a los cuales pertenecen y trasladar la experiencia de los socios a las personas jurídicas a las que estos pertenecen, sin cumplir con los requisitos establecidos por la ley para dicho propósito.

<sup>15</sup> Oficio 220-050660 del 16 de agosto de 2010.

pero siempre que la sociedad cuente con más de tres años de constituida.<sup>16</sup>

### 3. ARTICULADO PROPUESTO PARA DEBATE

#### PROYECTO DE LEY NÚMERO 199 DE 2017 CÁMARA

*por medio del cual se introducen algunas disposiciones en materia de contratación estatal.*

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1°. *Prohibiciones aplicables a personas vinculadas a entidades públicas por contrato de prestación de servicios.*

Está prohibida la participación en política durante la vigencia del contrato y un año adicional, a las personas naturales que celebren con entidades públicas contratos de prestación de servicios en cualquiera de sus modalidades. De igual manera está prohibida a estas la contribución a partidos, movimientos o candidatos, sin importar la cuantía, durante la vigencia del contrato y un año adicional. En este caso se extenderá la prohibición a las personas jurídicas.

La prohibición para las contribuciones se extenderá a las personas que se encuentren hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad, o primero civil de la persona vinculada mediante el contrato de prestación de servicios.

La violación de esta prohibición dará lugar a la terminación unilateral del contrato, sin derecho a indemnización alguna con ocasión de la misma.

Artículo 2°. *Inhabilidad para contratar a través de contratos de prestación de servicios con aportantes a campañas políticas.*

Las sociedades existentes o que llegaren a constituirse por aportantes, distintas de las anónimas abiertas, sus representantes legales o accionistas y las personas naturales que hayan realizado aportes económicos a movimientos o partidos, estarán inhabilitadas para suscribir contratos de prestación de servicios con entidades públicas durante los cuatro años siguientes a la fecha en que se realizó la contribución.

Tratándose de aportes a candidatos, la inhabilidad operará durante el período constitucional para el cual el candidato fue elegido.

Artículo 3°. *Prohibición de contratar personas inhabilitadas o inmersos en causales de incompatibilidad.*

La persona que se encuentre inhabilitada para contratar con el estado o inmersa en una causal de incompatibilidad respecto del contrato suscrito, no podrá participar a ningún título en la ejecución de contratos de prestación de servicios, convenios

<sup>16</sup> Decreto número 734 de 2012. Artículo 2.2.7. Valoración de la experiencia del proponente.

o cualquier otra modalidad contractual con entidades públicas.

Artículo 4°. *Limitación en la suscripción de contratos de prestación de servicios con entidades estatales.*

Las personas naturales o jurídicas que suscriban con el Estado contratos de prestación de servicios, no podrán por sí mismos o por intermedio de figuras asociativas, suscribir en una misma vigencia fiscal más de 5 contratos de esa naturaleza con entidades públicas o la sumatoria del valor de los mismos superar los 500 smlmv.

Excepcionalmente se podrá superar el tope de 500 smlmv previo concepto favorable de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en donde se refleje de forma clara las razones que motivan la excepción.

Artículo 5°. *Acumulación de experiencia.* La experiencia de las personas jurídicas y/o naturales es personal e intransferible, esta podrá ser acumulada únicamente cuando las personas jurídicas y/o naturales se presenten a cualquier proceso de contratación estatal a través de un consorcio, unión temporal, promesa de sociedad futura, asociación pública privada o cualquier otra figura asociativa permitida por la ley.

Artículo 6°. El artículo 38 de la ley 270 de 1996 quedará así:

**Artículo 38. De la Sala de Consulta y Servicio Civil.** La Sala de Consulta y Servicio Civil tendrá las siguientes atribuciones:

1. Absolver las consultas jurídicas generales o particulares, que le formule el Gobierno nacional.
2. Preparar los proyectos de ley y de códigos que le encomiende el Gobierno nacional. El proyecto se entregará al Gobierno por conducto del Ministro o Director de Departamento Administrativo correspondiente, para su presentación a la consideración del Congreso.
3. Revisar los contratos y conceptuar sobre las cuestiones jurídicas relativas al Servicio Civil, en los casos previstos por la ley.
4. Conceptuar favorable o desfavorablemente sobre la suscripción de contratos de prestación de servicios por valores superiores al máximo legal como excepción.
5. Conceptuar sobre los contratos que se proyecte celebrar con empresas privadas colombianas, escogidas por concurso público de méritos, en los casos especiales autorizados por la ley, para efectuar el control fiscal de la gestión administrativa nacional.
6. Verificar, de conformidad con el Código Electoral, si cada candidato a la Presidencia de la República reúne o no los requisitos constitucionales y expedir la correspondiente certificación.
7. Ejercer las demás funciones que le prescriban la Constitución y la ley.

Artículo 7°. *Vigencia.* La presente ley rige a partir de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.

Cordialmente,

  
**Samuel Hoyos Mejía**  
 Representante a la Cámara

CÁMARA DE REPRESENTANTES

SECRETARÍA GENERAL

El día 13 de diciembre de 2017 ha sido presentado en este Despacho el Proyecto de ley número 199 con su correspondiente exposición de motivos, por el honorable Representante *Samuel Hoyos Mejía*.

El Secretario General,

*Jorge Humberto Mantilla Serrano.*

\* \* \*

## PROYECTO DE LEY NÚMERO 200 DE 2017 CÁMARA

*por medio de la cual se crea el artículo 32A de la Ley 105 de 1993, se regulan las cláusulas de eficiencia en el recaudo del peaje en los contratos de concesión vial y se dictan otras disposiciones.*

### EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

#### 1.1 Consideraciones generales.

La infraestructura es una herramienta esencial para aumentar el crecimiento y fomentar el desarrollo económico de los países, un estudio realizado por el Banco Mundial en América Latina concluyó que la falta de inversión en obras de infraestructura durante los años noventa redujo el crecimiento a largo plazo entre el 1% y el 3%<sup>1</sup>, cifra que evidencia la importancia de este componente para determinar la competitividad de una región o un país, pues la falta de vías de acceso, largos trayectos o la existencia de carreteras en mal estado, implica un mayor costo de producción y exportación, circunstancias que dificultan el crecimiento de los diferentes sectores de una economía.<sup>2</sup> En el ámbito nacional, debe

<sup>1</sup> Reseña sobre la infraestructura del Banco Mundial, ver: <http://www.bancomundial.org/temas/resenas/infraestructura.htm>

<sup>2</sup> El índice ha permitido evaluar la logística de cada país, tanto doméstica como internacional, así como comparar el diseño de las logísticas de naciones de una misma región y de países desarrollados, versus aquellos en vías de desarrollo. El ejercicio ha sido realizado en cuatro ocasiones: 2007, 2010, 2012 y 2014. Cfr. Martínez Ernesto, *Colombia ocupa el puesto 97 en el Índice de Desempeño Logístico de 2014*, catálogo de logística, consultado en <http://www.catalogodelogistica.com/temas/Colombia-ocupa-el-puesto-97-en-el-indice-de-Desempeno-Logistico-de-014+99835> junio 24 de 2015.

señalarse que el rezago en infraestructura vial ha sido uno de los factores con mayor incidencia en el lento proceso de crecimiento económico del país, en la medida que *el déficit de inversión en obras de infraestructura básica constituye la variable que mejor explica el rezago del país, entre otros factores que determinan el crecimiento económico y el desarrollo.* (Benavides, 2008).

En efecto, al examinar el estado actual de la infraestructura del transporte en Colombia, se encuentra que este sector está rezagado en relación con otros países. La Comisión de Infraestructura, designada por la Presidencia de la República para estudiar el tema en cuestión durante 2012, hizo una radiografía de la situación y muestra la posición en la que actualmente se halla el país, encontrando que:

“En lo que concierne a la infraestructura de transporte en todas sus modalidades, y cuando se le compara con otros países de similar nivel de desarrollo, Colombia presenta un rezago importante (Foro Económico Mundial, 2012). En la calidad de sus carreteras, el país ocupa el puesto 126 entre 144 naciones, una posición similar a la de Lesoto (110) o Uganda (110) y muy inferior a la de Kenia (72), Nicaragua (75) o República Dominicana (62). En vías férreas, Colombia ocupa el puesto 109 y también tiene un atraso considerable.

Para llegar a tener la densidad mediana de los países de la región, Colombia necesitaría 65.602 km más de carreteras y 4.276 km de vías férreas (frente a 203.607 km de carreteras y 1.233 km de vías férreas que tiene actualmente), aunque no se evidencia un atraso relevante en puertos y aeropuertos”<sup>3</sup>.

Al mismo tiempo debe señalarse que, el sector de la infraestructura más rezagado es el de carreteras. Esto se debe esencialmente a la falta de vías pavimentadas, al lento crecimiento de las vías de la red primaria, a cargo del Instituto Nacional de Vías (Invías), y a la mala calidad de las vías existentes, que se encuentran en este estado por la falta de mantenimiento principalmente. Por ejemplo, según Fedesarrollo (2012) las vías pavimentadas a cargo de Invías en buen estado pasaron del 71% al 48% entre 2003 y 2010; las vías en estado regular del 21% al 32%, y la vías en mal estado del 8% al 20%.<sup>4</sup>

Aunado a lo anterior, y teniendo en cuenta los datos referidos por el índice de Desempeño Logístico del Banco Mundial (Logistics Performer Index - LPI)<sup>5</sup>, que es una herramienta creada

para ayudar a los países a identificar los retos y oportunidades que enfrentan en el desarrollo logístico de sus territorios, teniendo en cuenta la *calidad de la infraestructura nacional relacionada con el comercio y el transporte*, para el año 2014, Colombia ocupó el puesto 97 entre 155 países, obteniendo una calificación de 2,64<sup>6</sup>, resultado que lo ubica por debajo de países como Argelia, Ecuador, Venezuela y El Salvador.<sup>7</sup>

Tal y como lo evidencia del índice del Banco Mundial y como lo había señalado el informe presentado por Fedesarrollo en el marco de la novena versión del Congreso Nacional de Infraestructura<sup>8</sup>, se indicó que Colombia presentaba un retraso significativo en comparación con América Latina y con el resto del mundo, y se advirtió que cerca del 87% de los países del mundo para ese momento presentan mejores condiciones de infraestructura que Colombia. Sobre este respecto debe señalarse que, Colombia inició un proceso para estimular la inversión en esta área y desde principios de la década de los noventa inició un proceso de adjudicación de contratos de concesión para la creación, conservación, mejoramiento y explotación de obras de infraestructura vial, buscando una alternativa real de financiamiento en el marco de las Asociaciones Público Privadas (APP) y de este modo reducir el progresivo déficit que el desarrollo de la infraestructura vial presentaba.<sup>9</sup>

## 1.2 La participación privada en los proyectos de infraestructura nacional.

En la actualidad, el Gobierno Nacional ha diseñado un plan para intentar salir del atraso en el que se encuentra el sector de la infraestructura en el país. Para ello ha destinado 44 billones de pesos y ha estructurado la denominada cuarta generación

---

calidad de la infraestructura relacionada con el comercio y el transporte, la facilidad de acordar embarques a precios competitivos, la calidad de los servicios logísticos, la capacidad de seguir y rastrear los envíos, y la frecuencia con la cual los embarques llegan al consignatario en el tiempo programado. Los datos proceden de las encuestas del Índice de Desempeño Logístico realizadas por el Banco Mundial, en asociación con instituciones académicas e internacionales. Los detalles de las metodologías para las encuestas y la elaboración del índice se encuentran en el informe de Arvis y otros, titulado “Connecting to Compete: Trade Logistics in the Global Economy (2010)”. Cfr. <http://datos.bancomundial.org/indicador/LPLPI.OVRL.XQ>

<sup>6</sup> Siendo 5 el mayor puntaje y 1 el menor

<sup>7</sup> [http://datos.bancomundial.org/pais/colombia#cp\\_wdi](http://datos.bancomundial.org/pais/colombia#cp_wdi)

<sup>8</sup> Noveno congreso nacional de Infraestructura, “PARA UN NUEVO PAÍS: INFRAESTRUCTURA CON VISIÓN RENOVADA”. Celebrado en 2012.

<sup>9</sup> La participación de capital privado en el desarrollo de proyectos de infraestructura se viene implementando en Colombia desde la promulgación de la Constitución Política de 1991, que abrió espacio para dicha participación en una actividad que hasta entonces había estado restringida únicamente a la contratación de servicios de mantenimiento y actividades relacionadas.

<sup>3</sup> Yepes Tito, Ramírez Juan Mauricio y Villar Leonardo. Infraestructura de transporte en Colombia. Noviembre 11 de 2012.

<sup>4</sup> Araújo Juan Pablo, Sierra Ana Cristina. Concesiones de Cuarta Generación. Fasescolda. Bogotá 2012.

<sup>5</sup> El puntaje general del Índice de Desempeño Logístico refleja las percepciones de la logística de un país basadas en la eficiencia del proceso del despacho de aduana, la

de concesiones; y es en este contexto en el que el contrato de concesión se convierte en un elemento fundamental para el desarrollo del sector de la infraestructura, ya que es el vehículo que permite la vinculación de capital privado para garantizar la construcción de las obras, de manera que, ante el rezago en infraestructura se debe ejecutar un plan cuantioso y ambicioso, en el cual participen tanto el sector público, como privado<sup>10</sup> para superar las deficiencias en términos de ejecución y calidad de los proyectos a través de las Asociaciones Público Privadas (APP).

Colombia puso en marcha el programa de concesiones viales a través de las APP, con el fin de dinamizar la construcción de la infraestructura y enfrentar los desafíos que eran inherentes a la época como lo fue la apertura económica y la globalización (y actualmente, los acuerdos de cooperación económica - TLC) y evitar gran parte de los obstáculos que estos proyectos presentaban, dificultades propias de la rigidez de la gestión financiera centralizada como la los problemas en las programaciones presupuestales y los obstáculos para la ejecución de las partidas asignadas para los proyectos. Así el país inició el proceso de asignación y suscripción de contratos de concesión desde 1994. Al respecto, debe señalarse que durante estos 20 años, el proceso de concesiones se fue perfeccionando paulatinamente en lo que tiene que ver con la estructura y el diseño de los pliegos de condiciones para las licitaciones, como de contratos de concesión, buscando con ello solucionar problemas que se venían presentado como:

- Excesivas garantías de ingreso mínimo para inversionistas.
- Garantías mínimos por tráfico.
- Cambios en los diseños inicialmente establecidos que originaron inversiones no previstas y mayores cantidades de obra, en muchos casos a cargo de la Nación.
- Cambios en el inventario predial como consecuencia de la variación en los diseños originales y retrasos en la adquisición y entrega de predios.
- Licencias ambientales
- Estudios técnicos de demanda de tráfico.

**Fuente: Conpes 3045, “Programa de Concesiones Viales 1998-2000: Tercera Generación de Concesiones, Departamento Nacional de Planeación (DNP), Ministerio de Transporte, Instituto Nacional de Vías (Invías), Bogotá, agosto de 1999. (Acosta, Rozas, & Silva, 2008)**

Con estas modificaciones a los documentos precontractuales y contractuales, se buscó ser más eficientes en las fases de construcción, preparación,

mantenimiento y operación de las vías, al mismo tiempo se procuró que los particulares interesados en participar en estos proyectos, tuvieran los elementos de juicio necesarios para poder estimar objetivamente los rendimientos de su inversión. Al mismo tiempo se pretendió que el Estado no asumiera obligaciones de pago parcial o total para garantizar la viabilidad financiera de las obras cuando estas se desequilibraran con ocasión de *la incertidumbre que provocaba la ocurrencia eventual de diferentes situaciones que pudieran afectar los ingresos esperados del contrato derivadas de cambios en los diseños, la adquisición de predios o las solicitudes de licencias ambientales entre otros*. Evitando así la existencia de pasivos contingentes a cargo de la nación sometidos a la ocurrencia algún riesgo dentro de los proyectos (Reyes, 2002).

Durante las primeras concesiones realizadas en el país, el estado se vio en la obligación de asumir el cubrimiento de algunos imprevistos durante el proceso de ejecución de los contratos, debido a que muchas veces, una vez eran adjudicados los proyectos, el estado no contaba con los diseños detallados de las rutas, los predios no estaban adquiridos en su totalidad o tampoco se contaba con las respectivas licencias ambientales, y por tal razón ante esta falta de información los gastos en los que debían incurrir los inversionistas se incrementaban significativamente ocasionando que la viabilidad financiera de los proyectos se afectara, lo que obligó al gobierno nacional a que otorgara garantías de ingreso mínimo (Cárdenas, 2003) y asumiera los sobre costos derivados de estas variables.

### 1.3 Principales problemas en las concesiones viales en la primera, segunda y tercera generación.

La *primera generación* de concesiones viales se desarrolló entre 1994 y 2004, el Gobierno Nacional desembolsó poco más de 257 millones de dólares entre 1995 y 2004 por concepto del **pago de Garantías de Ingreso Mínimo**, monto equivalente al 69,7% de las inversiones totales comprometidas por las empresas adjudicatarias en las licitaciones respectivas. (Acosta, Rozas, & Silva, 2008)

En la *segunda generación* se buscó subsanar las fallas de planeación mediante una redistribución de los riesgos y una mayor exigencia en los niveles de detalle de los estudios requeridos. Los cambios regulatorios dispuestos trasladaron el riesgo comercial al concesionario al no ofrecer garantías por ingreso mínimo y redujeron la exposición de los organismos del Estado al riesgo constructivo. Los errores subsistieron pese a la identificación de los problemas y a las propuestas de corrección en los documentos de política. (Benavides, 2008)

En los *proyectos de tercera generación* se introdujo el concepto de gradualidad, según el cual cada proyecto tiene un alcance básico y

<sup>10</sup> Araújo Juan Pablo, Sierra Ana Cristina. Concesiones de Cuarta Generación. Fasecolda. Bogotá 2012.

uno progresivo, que se Iniciará cuando se logren determinados índices de tráfico establecidos y metas de ingresos. Asimismo, su definición está asociada a la construcción de corredores viales y a la optimización de la operación con base en la evaluación de alternativas socioeconómicamente viables para las regiones de Influencia. (Acosta, Rozas, & Silva, 2008)

#### 1.4 Ausencia de cláusulas de eficiencia en el recaudo del peaje y de herramientas para que el ciudadano las haga efectivas.

A pesar de las modificaciones realizadas a la estructura contractual de las concesiones viales en el país, que han redundado en avances en la entrega de los diseños y los informes técnicos de los proyectos, el inventario predial, la eficiencia, ejecución y mantenimiento de las vías además de la inclusión de leyes (Ley 448 de 1998) para coadyuvar a la confianza inversionista, logrando con ello fortalecer la estabilidad financiera de las proyecciones realizadas por los inversionistas, tanto así que en 2006 en los documentos Conpes 3439 y 3413 en los cuales que se crea un Sistema Nacional de Competitividad, destacando la importancia estratégica el programa de desarrollo de concesiones de autopistas para el período 2006-2014 de acuerdo con lo ordenado en la Ley 819 de 2003 y el Decreto número 4.730 de 2005, en el que se adoptaron los siguientes lineamientos de política:

- (i) Promover el desarrollo de proyectos de concesión Vial que tengan un impacto favorable en la productividad y competitividad del país.
- (ii) Fomentar la participación privada en el desarrollo del programa.
- (iii) Promover la optimización de la capacidad de inversión del programa de concesiones
- (iv) Implementar mecanismos de coordinación entre las diferentes entidades del sector transporte (DNP 2006).

Sin embargo a pesar de esta evolución que ha tenido este tema en el país y de las obligaciones impuestas a los concesionarios dentro de las que se destacan:

- Tener a disposición una o varias ambulancias para cubrir eventualidades en la carretera.
- Disponer de Carros-talleres con mecánicos expertos.
- Grúas equipadas.
- Teléfonos SOS a lo largo de la vía, con línea directa a un call-center de la concesión.
- Patrullas propias que vigilen el estado de las vías y avisen de posibles alteraciones del orden público.
- Un centro de control y atención al usuario.
- Dentro de las estaciones de peaje, deben disponer de baños públicos y, dependiendo de su tamaño, zonas de descanso y cafetería.

#### 1.5 Problemática actual.

Debido al incremento del parque automotor que ha venido experimentando el país y el número de personas que salen de las ciudades en vehículos de transporte público o particulares, es usual que en las vías de ingreso a las principales ciudades del país se presenten embotellamientos o trancones en los peajes, ante la ineficiencia en el recaudo de la tasa, circunstancia que se agrava en los planes retorno de los puentes festivos, semana santa, semana de receso y las vacaciones de mitad y final de año, fechas en las que el número de personas que salen de las ciudades alcanzan cifras significativas como los 250.000 vehículos que salieron de Bogotá en el primer festivo de 2015, los 128.000 vehículos que salieron de Medellín en el puente de San Pedro de 2015 o los 250 vehículos que salieron del Valle en la misma fecha, aunado a los cerca de tres millones de vehículos que se movilizan en promedio por las vías del país.

Si bien es cierto que, algunos concesionarios viales han adoptado mecanismos que permiten recaudar con mayor eficiencia los peajes a través de sistemas electrónicos de pago como *Facilpass*, *Flypass* y *Paseya*, y que por medio del Decreto número 2846 de 2013 se indicó que en los proyectos de Recaudo Electrónico Vehicular (REV) sería el Ministerio de Transporte el ente encargado de adoptar y evaluar la reglamentación necesaria para el almacenamiento de información en los dispositivos a bordo, el acceso a dichos dispositivos, la transferencia de datos e información en condiciones adecuadas de operación y seguridad, y formalizaría los demás aspectos complementarios que permitan promover activamente la interoperabilidad necesaria entre proyectos REV y de este modo garantizar un recaudo eficiente del dinero en los peajes (y otros medios de transporte), debe señalarse que estas herramientas de recaudo electrónico no han sido adoptadas en todos los peajes del país, sino que por el contrario la cobertura de este mecanismo es muy reducida.

Ahora bien, si se tiene en cuenta que, en los actuales contratos de concesión o en los reglamentos de operación existen diferentes tipos de cláusulas en las que se le impone a los concesionarios una obligación para garantizar una eficiencia en el recaudo del peaje como las siguientes:

- “Deben existir tal número de carriles que no se presenten colas superiores a 10 vehículos *exceptuando los días de retorno de puentes*”<sup>11</sup>
- “Debe permanecer en funcionamiento, por sentido, mínimo una caseta en cada estación de cobro. En todo caso debe permanecer en servicio

<sup>11</sup> Contrato de Concesión número 447-1994. Siberia – la Punta – El vino – Villeta. Reglamento de operación del ATFM numeral 3. B.

un número de casetas de manera tal que no se presenten colas superiores a cinco vehículos”<sup>12</sup>

- “En la etapa de Operación y mantenimiento cada carril debe garantizar una eficiencia de 300 vehículo/hora/carril. El concesionario deberá adoptar las medidas que se requieran para que la acumulación media de vehículos en carriles manuales y semiautomáticos sea de máximo 5 vehículos”<sup>13</sup>

- “No podrá acumularse un número igual o mayor a 10 vehículos por carril en la mitad de las estaciones de pago manual o semiautomático que se encuentren en servicio, por un periodo igual o mayor a (60) sesenta minutos”<sup>14</sup>

No existen, herramientas objetivas a las cuales pueda acudir el usuario para hacer exigibles las mismas, de manera que, a pesar que en 2009, la Resolución número 6434 de 2009 emitida por el Ministerio de Transporte y por la cual se establecieron medidas de restricción vehicular para la temporada vacacional de fin de año, determinó en su artículo quinto autorizar a la Dirección de Tránsito y Transporte de la Policía Nacional, para levantar las barreras de las estaciones de peajes, administradas por el Inviás y/o concesionarios y permitir el paso de vehículos cuando el número de éstos generara un represamiento, según lo estipulado en las obligaciones contractuales, con posterioridad en la Resolución número 00915 de 2010 emitida también por el Ministerio de Transporte, se establecieron las medidas de restricción vehicular para las temporadas vacacionales de semana santa, mitad de año, puentes festivos, navidad y año nuevo 2011 y se conservó el artículo quinto antes citado.

Sin embargo, en la Resolución número 1054 de 2011 emitida por el Ministerio de Transporte con la cual se establecen medidas al tránsito vehicular en temporadas especiales, derogó las Resoluciones número 5776 de 2007 y número 00915 de 2010, y la facultad que tenía la Dirección de Tránsito y Transporte de la Policía Nacional pueda levantar las barreras de las estaciones de peaje. Los actos administrativos siguientes, con los cuales el Ministerio de Transporte ha dictado medidas sobre tránsito vehicular para las temporadas vacacionales y puentes festivos tampoco las contemplan.

En este sentido, es necesario tener en cuenta que con el fin de garantizar la movilidad de los vehículos en la red vial nacional, especialmente

en las temporadas altas y puentes festivos y que en razón al aumento del volumen vehicular se requiere que, en los corredores viales se tomen medidas de tránsito encaminadas a mitigar la congestión vehicular y disminuir los tiempos de recorrido, y teniendo en cuenta que:

*En cualquier circunstancia la obligación del pago del peaje, la fijación de su monto y la exoneración de su pago, bien sea que el Estado asuma directamente la responsabilidad de la construcción y mantenimiento de las obras, o que la haga a través de la celebración de contratos de concesión, es materia que corresponde regular única y exclusivamente al Legislador. Y esa potestad habrá de ejercitarse de conformidad con las reglas que emanan de la propia Constitución, como ya se ha señalado; es decir considerando que la regla general en esta materia es el deber de contribuir al sostenimiento del Estado y que solo por excepción puede el legislador prever excepciones.*<sup>15</sup>

Y teniendo en cuenta que el cobro del peaje, constituye un derecho del contratista concesionario, derivado del contrato de concesión, la entidad pública concedente (Nación, Distrito, Departamento o Municipio), no puede exonerar su pago, a no ser que la ley lo autorice<sup>16</sup>, teniendo en cuenta las consideraciones anteriores el presente proyecto de ley busca.

1. Estandarizar las cláusulas de eficiencia en el recaudo del peaje en todos los contratos de concesión.

2. Autorizar a la Dirección de Tránsito y Transporte de la Policía Nacional, para que levante las barreras de las estaciones de peaje, administradas por los concesionarios o la entidad encargada de la operación de la vía deberán permitir el paso de vehículos cuando el número de estos en cola genere represamientos y afecte la movilidad en la vía.

3. Imponer a los vehículos de transporte público el uso obligatorio de los TAG.

## 2. ARTICULADO PROPUESTO PARA DEBATE

### PROYECTO DE LEY 200 DE 2017 CÁMARA

*por medio de la cual se crea el artículo 32A y 32B a la ley 105 de 1993, se regulan las cláusulas de eficiencia en el recaudo de los peajes en los contratos de concesión vial y se dictan otras disposiciones.*

El Congreso de Colombia

DECRETA:

<sup>12</sup> Contrato de Concesión número 849 – 1995. Neiva – Espinal – Girardot; Contrato de Concesión número 444 – 1994. Bogotá – Villavicencio; Contrato de Concesión 664 – 1994. Desarrollo vial del norte de Bogotá; Contrato de Concesión número 937 – 1995. Fontibón – Facatativá – Los Alpes.

<sup>13</sup> Contrato de Concesión número 001 – 2010. Ruta del Sol sector 2.

<sup>14</sup> Contrato de Concesión número 003 – 2014. Honda – Puerto Salgar – Girardot.

<sup>15</sup> Sentencia C-508/06, Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: doctor Álvaro Tafur Galvis. seis (6) de julio de dos mil seis (2006).

<sup>16</sup> Sentencia C-508/06, Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: doctor Álvaro Tafur Galvis. seis (6) de julio de dos mil seis (2006).

Artículo 1°. Adiciónese el artículo 32A a la Ley 105 de 1993, el cual quedará así:

**Artículo 32A:** En los contratos de concesión para obras de infraestructura vial, la entidad estatal concedente deberá establecer una cláusula de eficiencia en el recaudo del peaje, en la que se establezca que en la etapa de operación y mantenimiento de la vía el concesionario deberá garantizar una eficiencia en el recaudo de la tasa, y adoptar las medidas que se requieran para que la acumulación de vehículos en los carriles no supere los 100 metros contados desde la cabina de cobro.

El Concesionario o la entidad que se encargue de la operación de la vía deberán levantar la barra cuando la fila para el pago del peaje exceda los 100 metros. A tal fin, deberá demarcarse con pintura blanca una línea de trazos a la distancia señalada y sólo se bajará la barra cuando la movilidad se haya normalizado.

Artículo 2°. Adiciónese el artículo 32B a la Ley 105 de 1993, el cual quedará así:

**Artículo 32B:** Los concesionarios deben garantizar la implementación de mínimo una caseta de recaudo electrónico por sentido en cada estación de cobro cuando se trate de vías nacionales o de primer nivel.

Artículo 3°. Autorizar a la Dirección de Tránsito y Transporte de la Policía Nacional, para levantar las barreras de las estaciones de peaje, administradas por los concesionarios y/o la entidad encargada de la operación y permitir el paso de los vehículos represados cuando estos superen los 100 metros; las barreras se bajarán cuando la movilidad se haya normalizado.

Parágrafo. En los contratos de concesión vigentes, la Dirección de Tránsito y Transporte de la Policía Nacional podrá levantar las barreras de las estaciones de peaje y permitir el paso de vehículos cuando el número de vehículos genere represamiento, según lo estipulado en las obligaciones contractuales de la concesión; las barreras se bajarán cuando la movilidad se haya normalizado.

Artículo 4°. Los vehículos de transporte público que cubran rutas intermunicipales en el territorio nacional, deberán instalar los dispositivos electrónicos o TAG correspondientes para hacer uso de los carriles de cobro electrónico.

Las empresas de transporte público intermunicipal contarán con un término de seis (6) meses, a partir de la vigencia de la presente ley, para implementar los dispositivos electrónicos o TAG, previstos en este artículo.

Parágrafo 1°. El Ministerio de Transporte será el ente encargado de adoptar y promover activamente la implementación de los dispositivos electrónicos o TAG, tanto en el parque automotor nacional, como en los concesionarios o la entidad encargada de la operación de la vía. Así mismo, el Ministerio de Transporte fomentará la interoperatividad en

los proyectos de recaudo electrónico vehicular (REV) en el territorio nacional.

Artículo 5°. Los operadores de las vías y los peajes en todo el territorio nacional, deberán establecer un sistema de cobro electrónico unificado que garantice que un único dispositivo electrónico o TAG sea suficiente para el REV a nivel nacional.

Artículo 6°. *Vigencia.* La presente ley rige a partir de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.

Cordialmente,

  
SAMUEL HOYOS MEJÍA.  
Representante a la Cámara.

CÁMARA DE REPRESENTANTES  
SECRETARIA GENERAL

El día 13 de diciembre del año 2017 ha sido presentado en este Despacho el Proyecto de ley número 200 con su correspondiente exposición de motivos por el honorable Representante *Samuel Hoyos Mejía*.

El Secretario General,

*Jorge Humberto Mantilla Serrano.*

\* \* \*

## PROYECTO DE LEY NÚMERO 203 DE 2017 CÁMARA

*por medio del cual se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones y se dictan disposiciones en relación al número de semanas y la edad necesarias para acceder a la pensión de invalidez y de sobreviviente.*

### EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El fortalecimiento del Sistema General de Pensiones debe ser tarea constante del legislador, así como la atención a las realidades sociales, culturales, económicas y políticas de la nación; más cuando de garantías para el acceso al sistema se refiere, entendiéndose así que:

*La Constitución acoge la fórmula del Estado social de derecho, la cual implica que las autoridades buscan no solo garantizar a la persona esferas libres de interferencia ajena, sino que es su deber también asegurarles condiciones materiales mínimas de existencia, por lo cual el Estado debe realizar progresivamente los llamados derechos económicos, sociales y culturales. El Estado tiene frente a los particulares no solo deberes de abstención sino que debe igualmente realizar prestaciones positivas, sobre todo en materia social, a fin de asegurar las condiciones materiales mínimas, sin las cuales no es posible vivir una vida digna. Existe entonces una íntima relación entre la consagración del Estado social*

*de derecho, el reconocimiento de la dignidad humana, y la incorporación de los llamados derechos de segunda generación*<sup>1</sup>.

Esto en concordancia con el numeral 1 del artículo 2° de Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que indica, como principio general de los derechos reconocidos en el tratado internacional, como lo es la seguridad social<sup>2</sup>, que:

*Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.*

Vale la pena recordar que este marco normativo también ha sido reconocido por la Corte Constitucional, en pronunciamientos como el de la T-777 de 2009, indicó que:

“...el Protocolo de San Salvador, que adiciona la Convención Americana en lo relativo a la protección de los derechos económicos, sociales y culturales, establece lo siguiente:

*“Los Estados Partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo”.*

Por lo cual es tarea del Congreso de la República, resolver los interrogantes, sea en el ámbito jurídico o en el político, que limiten la progresividad de los derechos y que hacen parte de la cotidianidad de los colombianos y los extranjeros que habitan el territorio patrio<sup>3</sup>. Este deber se puede concretar, entre otras, en la tarea de establecer criterios claros para el acceso a pensiones, realidad que hoy se ve ambigua cuando se trata de la edad como criterio para las pensiones de invalidez y de sobreviviente para las personas

menores de 28 años, lo cual genera exclusiones no justificadas y por lo tanto inadmisibles.

Además de esta labor, es importante recordar los compromisos del Estado colombiano a nivel internacional, que se materializan en diferentes disposiciones como lo son: *artículo 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 16 de la Declaración Americana de los Derechos de la Persona, artículo 9° del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y, finalmente, el artículo 11, numeral 1, literal “e” de la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*<sup>4</sup>.

Lo que desarrolla y amplía lo indicado en relación al derecho a la seguridad social, que ha sido indicado por la Corte Constitucional que en la Sentencia C-375 de 2004 estableció:

*...el objeto de esta garantía (la seguridad social) –puesta en funcionamiento a través de la creación de un sistema integral– es la protección anticipada de los ciudadanos contra determinadas contingencias que en el desarrollo de su vida laboral y, en el desenvolvimiento de la vida misma están expuestos a sufrir, tales como la enfermedad, el desempleo, los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales, las cargas familiares, la vejez, la invalidez y el fallecimiento de la fuente económica de la familia.*

Además, en la Sentencia T-777 de 2009, al resolver una acción que limitaba el acceso al derecho a menores de 26 años, la Corte recordó que:

*Los objetivos de la seguridad social que deben comprender a todo el conglomerado social, guardan necesaria correspondencia con los fines esenciales del Estado social de derecho como el servir a la comunidad, promover la prosperidad general, garantizar la efectividad de los principios y derechos constitucionales, promover las condiciones para una igualdad real y efectiva, adoptar medidas a favor de grupos discriminados o marginados, proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta; y reconocer sin discriminación alguna la primacía de los derechos inalienables de la persona como sujeto, razón de ser y fin último del poder político, donde el gasto público social tiene prioridad sobre cualquier otra asignación*<sup>5</sup>.

Retomando así criterios ya esbozados en la Sentencia C-791 de 2002, en la cual indicó que:

<sup>4</sup> Sentencia T-777 de 2009. M. P., doctor Jorge Iván Palacio Palacio.

<sup>5</sup> Sentencia T-777 de 2009. M. P., doctor Jorge Iván Palacio Palacio.

<sup>1</sup> Sentencia C-251 de 1997. M. P. doctor Alejandro Martínez Caballero.

<sup>2</sup> Ver artículo 9° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

<sup>3</sup> Esta competencia ha sido explicada por la Corte Constitucional en su Sentencia C-791 de 2002, cuando indicó que: Reiteradamente ha explicado la jurisprudencia que el legislador tiene un rol primordial en materia de derechos prestacionales como la vivienda, la salud o la educación.

*La seguridad social, que incluye entre otras las actividades de promoción, protección y recuperación de la salud, constituye no solo un servicio público obligatorio sino un derecho irrenunciable de toda persona, que puede ser prestado directamente por el Estado o por intermedio de los particulares con sujeción a los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia, siempre bajo la dirección, coordinación y control del Estado. Teniendo en cuenta su naturaleza de derecho prestacional, la Constitución no optó por un único modelo en esta materia sino que confió al Legislador la tarea de configurar su diseño, por ser este el foro de discusión política y democrática por excelencia donde deben ser analizadas reposadamente las diferentes alternativas a la luz de las condiciones económicas, los esquemas institucionales y las necesidades insatisfechas (entre otros factores), teniendo siempre como norte su realización progresiva en cuanto a calidad y cobertura se refiere<sup>66</sup>.*

Razonamiento que va en concordancia con lo dicho por la misma Corporación en Sentencia C-375 de 2004, en la cual recordó que:

*“El objeto de esta garantía (la seguridad social) –puesta en funcionamiento a través de la creación de un sistema integral– es la protección anticipada de los ciudadanos contra determinadas contingencias que en el desarrollo de su vida laboral y, en el desenvolvimiento de la vida misma están expuestos a sufrir, tales como la enfermedad, el desempleo, los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales, las cargas familiares, la vejez, la invalidez y el fallecimiento de la fuente económica de la familia”.*

Pronunciamientos que son desarrollo del artículo 48 de la Constitucional que indica:

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

<sup>66</sup> Los cuales incluso ya habían sido planteados por la misma Corte Constitucional en la Sentencia C-542 de 1998, en la cual definió que: El legislador tiene la facultad para señalar el régimen jurídico del servicio público obligatorio de la seguridad social y de la atención en salud, con sujeción a los principios constitucionales de eficiencia, universalidad y solidaridad. Tales principios, según la jurisprudencia constitucional, se relacionan con el cabal desempeño de las entidades públicas o privadas, responsables de la prestación de dichos servicios, dentro del criterio de ampliación progresiva de la cobertura de la seguridad social integral respecto de los destinatarios de los servicios -universalidad-, y la realización de los valores de la justicia y respeto a la dignidad humana -solidaridad-, presentando este último un nexo causal con los valores fundantes del Estado social de derecho colombiano, necesarios para la constitución de un orden social, económico y político justo, en claro cumplimiento de los fines esenciales del Estado, dentro de los cuales tiene marcada importancia la solidaridad, el servicio a la comunidad, la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo, como se expresa a continuación.

*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.*

Argumentos que no solamente tienen sustento constitucional, pues estos también son armónicos con los principios de la Ley 100 de 1992, entre los que se puede resaltar el literal b) del artículo 2°, que reza:

**Artículo. 2°. Principios.** *El servicio público esencial de seguridad social se prestará con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación:*

(...)

*b) Universalidad. Es la garantía de la protección para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida<sup>7</sup>.* (Subrayado fuera de texto).

No obstante, la protección que supone el derecho a la seguridad social se encuentra limitado por una serie de normas, que si bien han contado con pronunciamientos por parte de la Corte Constitucional, no se han tenido solución por parte del legislador, las restricciones que trae la norma y que deben ser objeto de reforma por parte de este organismo se encuentran en las siguientes normas:

- El artículo 1° de la Ley 860 de 2003.
- El artículo 12 de la Ley 797 de 2003.
- El artículo 13 de la Ley 797 de 2003.

Las dos primeras normas traen una restricción clara en relación a la edad y número de semanas para acceder a la pensión, ambas determinan la edad de 20 años para tener un trato diferenciado y acceder a beneficios pensionales; por su parte, el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 no establece ninguna excepción en relación a la edad para el requisito de que: *[e]n 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<sup>8</sup>.*

Todas estas normas generan una desprotección a los jóvenes y desconocen la Ley Estatutaria 1622 de 2013<sup>9</sup>, que establece que la edad de juventud se encuentra entre los 14- 28 años de edad.

En relación a la edad para el acceso a las pensiones, este dilema ha sido abordado por la Corte

<sup>7</sup> Tomado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=5248>.

<sup>8</sup> Tomado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7223>.

<sup>9</sup> Consultar en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=52971>.

Constitucional en reiterados pronunciamientos, entre los cuales vale la pena resaltar el realizado en la Sentencia C-020 de 2015, en el que resolvió el siguiente interrogante:

*¿Vulnera el derecho a disfrutar sin discriminaciones del servicio de seguridad social (C. P. artículos 13, 48 y 93), que el legislador defina una regla especial de adquisición de pensiones de invalidez en virtud de la cual se puede acceder a estas sin necesidad de acreditar 50 semanas en los 3 años anteriores a la estructuración de invalidez sólo si se tienen 26 semanas en el año anterior a la estructuración o la declaración de invalidez, pero que limite su aplicación únicamente a los menores de 20 años de edad, y no a quienes siendo mayores de esa edad se consideran razonablemente como jóvenes?*

En virtud de lo que determinó que:

*La Sala constató que la decisión legislativa de delimitar esta regla especial únicamente para los menores de veinte años de edad, sin extenderla hacia todos los jóvenes con veinte años o más, no tuvo ninguna justificación específica en los debates parlamentarios que antecedieron a la expedición de la ley, ni respondió a un criterio objetivo y razonable. Para remediar el déficit de protección generada, la Corte declaró EXEQUIBLE la norma, en el entendido de que se debe aplicar, en cuanto sea más favorable, a toda la población joven. Para este efecto precisó, que este grupo poblacional se debe entender como aquel que tenga hasta 26 años de edad, inclusive.*

En esta sentencia la Corte Constitucional también indicó que el legislador, en un ejercicio razonable y deliberativo, puede establecer diferencias de tratamiento en los sistemas de protección, (...) , si de esa definición jurídica depende la asignación o distribución de cargas o beneficios, (...) puede prima facie emplear criterios de acceso a las pensiones que tengan en cuenta la edad del afiliado, se ha aducido que la ley puede fijar criterios menos rigurosos de cotización para acceder a la pensión de invalidez cuando se trata de personas que por su momento vital están naturalmente apenas comenzando su relación con el sistema de pensiones, y no tienen una extensa historia de aportes<sup>10</sup>.

Antes de imponer restricciones, también se debe tener en cuenta, como lo afirma el Alto Tribunal, que si bien desde los 15 años de edad se permite el ingreso al mercado laboral, esto no implica que necesariamente se dé, menos en las condiciones actuales del sistema económico en las que se busca la tecnificación de la mano de obra, lo que se traduce en la necesidad de una preparación que requiere tiempo, lo que se traduce a una restricción fáctica para el iniciar el proceso laboral y con ello el aporte al régimen de pensiones, para lo que se debe tener en cuenta el tiempo que se demora un

nuevo profesional en conseguir empleo, para el año 2009 solo el 30,9%, *encontraron su primer empleo dentro de los seis primeros meses después de obtener el título profesional*<sup>11</sup>. Mostrando así que la inserción a la vida laboral se liga al avance en los estudios superiores.

No obstante, debe entenderse que este mismo razonamiento jurídico y fáctico debe aplicarse para aquellos la pensión de sobreviviente, además de los estipulados por la Corte Constitucional en la Sentencia C-556 de 2009, en la que declaró inexecutable los literales a) y b) del artículo 12 de la Ley 797 de 2003.

Motivos por lo cual es tarea del legislador regular la materia, teniendo en cuenta los planteamientos de la Corte Constitucional y la progresividad de los Derechos Económicos Sociales y Culturales, lo que debe llevar a la expedición de una norma que establezca de manera la edad como criterio para el acceso a pensiones, para lo que se debe tener en cuenta la Ley 1622 de 2013, *por medio de la cual se expide el Estatuto de Ciudadanía Juvenil y se dictan otras disposiciones*, que prevé en su artículo 5° la definición de joven, el cual es “[t]oda persona entre 14 y 28 años cumplidos en proceso de consolidación de su autonomía intelectual, física, moral, económica, social y cultural que hace parte de una comunidad política y en ese sentido ejerce su ciudadanía que joven”.

Por su parte, el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, al no establecer ninguna excepción al requisito de convivencia, genera desprotección para aquellas parejas jóvenes que inician su convivencia a temprana edad, pues el requisito de 5 años termina generando la obligación de convivir siendo menores de 18 años. Además genera desprotección para quienes inician la relación en el curso de sus estudios superiores o en la culminación de los mismos, esto se sustenta en las cifras del Ministerio de Educación Nacional que indican que la *cobertura bruta en este nivel que para hace 10 años se encontraba en el 25.8% y hoy llega al 46.1% de la población entre 17 y 21 años*<sup>12</sup>, teniendo en cuenta que las carreras universitarias tienen un promedio de duración entre 4-5 años, lo que genera un impedimento sin sentido para la garantía que implica el acceso a pensiones para los sobrevivientes, en el caso de los cónyuges o compañeros permanentes<sup>13</sup>.

Los criterios hasta acá mencionados deben ser retomados por el Congreso de la República, en ejercicio de su potestad legislativa, con el fin de tener una coherencia normativa en relación al trato de la juventud en nuestro país, además de evitar dudas en la aplicación por parte de los fondos de pensiones. Razón por la cual se debe

<sup>11</sup> Consultado en <http://www.graduadoscolombia.edu.co/html/1732/article-238140.html>.

<sup>12</sup> Tomado de [http://www.mineducacion.gov.co/1759/articulos-350451\\_recurso\\_9.pdf](http://www.mineducacion.gov.co/1759/articulos-350451_recurso_9.pdf).

<sup>13</sup> Ver artículo 13 de la Ley 797 2003.

<sup>10</sup> Ver Sentencia 020 de 2015. M. P., doctora María Victoria Calle Correa.

estimar necesaria establecer que, en los requisitos de pensión, tanto para la de invalidez, la de sobreviviente y la convivencia, la excepción se debe realizar teniendo como criterio el tope de los 28 años de edad, dándoles un trato diferenciado que se base en la igualdad como trato desigual a los desiguales.

Con esta regulación no solo se acogen los criterios de la Corte Constitucional, también se desarrolla y aplica la progresividad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como la garantía de condiciones dignas para todos

los habitantes del territorio nacional, generando una armonía normativa propia de un sistema jurídico que atienda a las realidades sociales, políticas y culturales de la nación. A su vez, se incentiva para la cotización de pensión por parte de todos los ciudadanos, ya que la posibilidad real de acceso al derecho será motivo para su afiliación, indistintamente de ser fondo público o privado.

Con los criterios acá expuestos y los razonamientos realizados, se proponen los cambios que se encuentran en la siguiente tabla comparativa:

Texto actual	Propuesta de articulado
<p><b>Artículo 1º.</b> El artículo 39 de la 100, quedará así:</p> <p><b>Artículo 39.</b> <i>Requisitos para obtener la pensión de invalidez.</i> Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:</p> <p>1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración <u>y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.</u> El texto subrayado fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-428 de 2009.</p> <p>2. Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma, <u>y su fidelidad (de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.</u> El texto subrayado fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-428 de 2009.</p> <p><b>Parágrafo 1º.</b> Los menores de veinte (20) años de edad solo deberán acreditar que han cotizado veintiséis (26) semanas en el último año inmediatamente anterior al hecho causante de su invalidez o su declaratoria.</p> <p><b>Nota:</b> Parágrafo 1º declarado executable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-020 de 2015.</p> <p><b>Parágrafo 2º.</b> Cuando el afiliado haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, solo se requerirá que haya cotizado 25 semanas en los últimos tres (3) años<sup>14</sup>.</p>	<p><b>Artículo 1º.</b> El artículo 1º de la Ley 860 de 2003, quedará así:</p> <p><b>Artículo 1º.</b> El artículo 39 de la Ley 100 quedará así: artículo 39. <i>Requisitos para obtener la pensión de invalidez.</i> Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:</p> <p>1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.</p> <p>2. Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma.</p> <p><b>Parágrafo 1º.</b> Los menores de veintiocho (28) años de edad solo deberán acreditar:</p> <p>a) Que haya cotizado veintiséis (26) semanas en el último año a la fecha de estructuración de la invalidez.</p> <p>b) Que a la fecha de estructuración de la invalidez si es activo cotizante acredite 26 semanas en cualquier tiempo.</p> <p>Parágrafo 2º. Cuando el afiliado haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, solo se requerirá que haya cotizado 25 semanas en los últimos tres (3) años.</p>
<p><b>Artículo 12.</b> El artículo 46 de la Ley 100 de 1993 quedará así:</p> <p><b>Artículo 46.</b> <i>Requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes.</i> Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:</p> <p>1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y,</p> <p>2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando este hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones:</p>	<p><b>Artículo 2º.</b> El artículo 12 de la Ley 797 de 2003 quedará así:</p> <p><b>Artículo 12.</b> El artículo 46 de la Ley 100 de 1993 quedará así:</p> <p><b>Artículo 46.</b> <i>Requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes.</i> Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:</p> <p>1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y,</p> <p>2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, Siempre y cuando este hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento.</p>

14 Tomado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=11173>.

Texto actual	Propuesta de articulado
<p>a) Muerte causada por enfermedad: si es mayor de 20 años de edad, haya cotizado el veinticinco por ciento (25%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte años de edad y la fecha del fallecimiento;</p> <p>b) Muerte causada por accidente: si es mayor de 20 años de edad, haya cotizado el veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte años de edad y la fecha del fallecimiento.</p> <p><b>Nota:</b> Los literales a) y b) fueron declarados inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-556 de 2009.</p> <p><b>Parágrafo 1º.</b> Cuando un afiliado haya cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima en tiempo anterior a su fallecimiento, sin que haya tramitado o recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o la devolución de saldos de que trata el artículo 66 de esta ley, los beneficiarios a que se refiere el numeral 2 de este artículo tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, en los términos de esta ley.</p> <p>El monto de la pensión para aquellos beneficiarios que a partir de la vigencia de la ley cumplan con los requisitos establecidos en este parágrafo será del 80% del monto que le hubiera correspondido en una pensión de vejez.</p> <p><b>Parágrafo 2º.</b> Declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C- 094 de 2003. Si la causa del fallecimiento es homicidio, se aplicará lo prescrito para accidente, y si es suicidio, se aplicará lo prescrito para enfermedad<sup>15</sup>.</p>	<p><b>Parágrafo 1º.</b> Cuando un afiliado haya cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima en tiempo anterior a su fallecimiento, sin que haya tramitado o recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o la devolución de saldos de que trata el artículo 66 de esta ley, los beneficiarios a que se refiere el numeral 2 de este artículo tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, en los términos de esta ley.</p> <p><b>Parágrafo 2º.</b> Para los casos en que el cotizante sea menor de veintiocho (28) años, se tendrá derecho a la pensión de sobreviviente, bajo los términos que indica este artículo, en los casos en que se haya cotizado un mínimo de veintiséis (26) semanas en los últimos tres (3) años anteriores a su fallecimiento.</p> <p>El monto de la pensión para aquellos beneficiarios que a partir de la vigencia de la ley cumplan con los requisitos establecidos en este parágrafo será del 80% del monto que le hubiera correspondido en una pensión de vejez.</p>
<p><b>Artículo 13.</b> Los artículos 47 y 74 quedarán así:</p> <p><b>Artículo 47.</b> Beneficiarios de la pensión de sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:</p> <p>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;</p> <p>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).</p>	<p><b>Artículo 3º.</b> El artículo 13 de la Ley 797 de 2003 quedará así:</p> <p><b>Artículo 13. Los artículos 47 y 74 quedarán así:</b></p> <p><b>Artículo 47.</b> Beneficiarios de la pensión de sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:</p> <p>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; cuando el causante sea menor de veintiocho (28) años de edad, únicamente se exigirá una convivencia continua de no menos de dos (2) años.</p> <p>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).</p>

<sup>15</sup> Tomado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=7223>.

Texto actual	Propuesta de articulado
<p>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.</p> <p>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 a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente;</p> <p>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 y cumplan con el mínimo de condiciones académicas que establezca el Gobierno; 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;</p> <p>d) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de forma total y absoluta de este;</p> <p>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.</p> <p><b>Parágrafo.</b> 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<sup>16</sup>.</p>	<p>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.</p> <p>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 a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente;</p> <p>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 y cumplan con el mínimo de condiciones académicas que establezca el Gobierno; 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;</p> <p>d) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de forma total y absoluta de este;</p> <p>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.</p> <p><b>Parágrafo.</b> 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.</p>

El Congreso de la República

DECRETA:

Artículo 1°. *El artículo 1° de la Ley 860 de 2003, quedará así:*

**Artículo 1°. El artículo 39 de la Ley 100 quedará así:**

**Artículo 39.** *Requisitos para obtener la pensión de invalidez.* Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:

1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de

los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.

2. Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma.

**Parágrafo 1°.** Los menores de veintiocho (28) años de edad solo deberán acreditar que han cotizado veintiséis (26) semanas en los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez.

**Parágrafo 2°.** Cuando el afiliado haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, solo

<sup>16</sup> Tomado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7223>.

se requerirá que haya cotizado 25 semanas en los últimos tres (3) años.

Artículo 2°. *El artículo 12 de la Ley 797 de 2003, quedará así:*

**Artículo 12. El artículo 46 de la Ley 100 de 1993, quedará así:**

Artículo 46. *Requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes.* Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y,

2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando este hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento.

**Parágrafo 1°.** Cuando un afiliado haya cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima en tiempo anterior a su fallecimiento, sin que haya tramitado o recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o la devolución de saldos de que trata el artículo 66 de esta ley, los beneficiarios a que se refiere el numeral 2 de este artículo tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, en los términos de esta ley.

**Parágrafo 2°.** Para los casos en que el cotizante sea menor de veintiocho (28) años, se tendrá derecho a la pensión de sobreviviente, bajo los términos que indica este artículo, en los casos en que se haya cotizado un mínimo de veintiséis (26) semanas en los últimos tres (3) años anteriores a su fallecimiento.

El monto de la pensión para aquellos beneficiarios que a partir de la vigencia de la ley, cumplan con los requisitos establecidos en este parágrafo será del 80% del monto que le hubiera correspondido en una pensión de vejez.

Artículo 3°. *El artículo 13 de la Ley 797 de 2003, quedará así:*

Artículo 13. Los artículos 47 y 74 quedarán así:

**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; cuando el causante sea menor de veintiocho años de edad, únicamente se exigirá una convivencia continua de no menos de tres (3) años.

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 y cumplan con el mínimo de condiciones académicas que establezca el Gobierno; 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 de forma total y absoluta 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.

Artículo 4°. *Vigencia.* La presente ley rige a partir de su promulgación y deroga todas las normas que le sean contrarias.

#### CÁMARA DE REPRESENTANTES

##### SECRETARÍA GENERAL

El día 14 de diciembre del año 2017 ha sido presentado en este Despacho el Proyecto de ley número 203 con su correspondiente exposición de motivos, por el honorable Representante: *Germán Blanco Álvarez.*

El Secretario General,

*Jorge Humberto Mantilla Serrano.*

\* \* \*

#### PROYECTO DE LEY NÚMERO 204 DE 2017

*por medio del cual se le otorga doble instancia al procedimiento administrativo de restablecimiento de derechos, en un término para resolver la apelación máximo de dos meses.*

El Congreso de Colombia

##### DECRETA:

**Artículo 1°. Créese el artículo 107 A de la Ley 1098 de 2000, el cual quedará así:**

**Artículo 107 A. Segunda instancia:** El contenido del fallo tendrá segunda instancia, la cual estará en cabeza del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a través de un órgano administrativo, interdisciplinario y centralizado que se encargará de resolver la situación jurídica de los niños, niñas y adolescentes.

**Artículo 2°. El Gobierno nacional, en un término no superior a 6 meses a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, en armonía con el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, establecerá los criterios técnicos que servirán para determinar la situación jurídica del niño, niña o adolescente y creará el Órgano mencionado en el artículo 107 A.**

**Artículo 3°. Vigencia.** La presente ley rige a partir de su promulgación.

Cordialmente,



ÁLVARO HERNÁN PRADA ARTUNDUAGA  
REPRESENTANTE A LA CÁMARA DEPARTAMENTO DE HUILA

##### OBJETO

Con el fin de garantizar la prevalencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes al goce efectivo de una protección especial e integral, es necesario extender las garantías del debido proceso al ámbito administrativo durante el proceso de restablecimiento de derechos, es necesario garantizar la doble instancia, toda vez que, en palabras de la Corte Constitucional,

*constituye una garantía contra la arbitrariedad, y un mecanismo principal, idóneo y eficaz para la corrección de los yerros en que pueda incurrir una autoridad pública.*

##### EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La necesidad de proporcionar al niño/a una protección especial ha sido materia de estudio y preocupación a nivel internacional, reflejado en diferentes instrumentos, por ejemplo: Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño, Declaración de los Derechos del Niño, reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>1</sup>, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>2</sup>, Convención sobre los Derechos del Niño y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño/a.

En concordancia con los instrumentos internacionales ratificados por Colombia, en 1991 la Constitución Política incluyó el criterio y los principios de protección integral de la niñez en dos focos a saber: la garantía de los derechos de los niños y la protección en condiciones especialmente difíciles. Sumado a lo anterior, la Constitución estableció la responsabilidad del Estado, la sociedad y la familia, en la obligación de asistir y proteger a los niños y las niñas para asegurar su desarrollo armónico e integral en el ejercicio pleno de sus derechos.

El interés superior y prevalente del niño ha tenido un desarrollo al interior de nuestra Constitución, en instrumentos internacionales, en leyes y en la puesta en marcha de las políticas públicas por la relevancia y especial protección que merecen nuestros niños, niñas y adolescentes, en adelante NNA.

Nuestra Constitución Política en su artículo 44 reza: (...) Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás. La Ley 1098 de 2006<sup>3</sup> en su artículo 8° hace mención al interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes, entendido como el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes. La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, establece que todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, tendrán una consideración primordial, toda vez que se deberá atender el interés superior del niño. Incluso leyes como la Ley 100 de 1993<sup>4</sup> y la Ley 294 de

<sup>1</sup> Artículos 23 y 24.

<sup>2</sup> Artículo 10.

<sup>3</sup> Código de la Infancia y Adolescencia.

<sup>4</sup> Por la cual se crea el sistema de seguridad social inte-

1996<sup>5</sup>, reafirman el mandato constitucional de la prevalencia de los derechos de los niños, sobre los de los demás, tal como se muestra a continuación:

#### **Prevalencia de los derechos de los NNA**

##### **Constitución Política de 1991**

**Artículo 44.** (...) Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

##### **Constitución Política de 1991**

**Artículo 45.** El adolescente tiene derecho a la protección y a la formación integral. (...)

##### **Declaración de los Derechos del Niño**

**Principio 2.** El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño. (Subrayado fuera de texto).

##### **Convención Internacional sobre los Derechos del Niño**

###### **Artículo 3°**

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. (...) (Subrayado fuera de texto).

##### **Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y Adolescencia**

**Artículo 8°.** Interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes. Se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes. (Subrayado fuera de texto).

**Artículo 6°.** Reglas de interpretación y aplicación. Las normas contenidas en la Constitución Política y en los Tratados o Convenios Internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia, en especial la Convención sobre los Derechos del Niño, harán parte integral de este Código, y servirán de guía para su interpretación y aplicación. En todo caso, se aplicará siempre la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente.

La enunciación de los derechos y garantías contenidos en dichas normas, no debe entenderse como negación de otras que, siendo inherentes al

gral.

<sup>5</sup> Por la cual se dictan normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar.

niño, niña o adolescente, no figuren expresamente en ellas. (Subrayado fuera de texto).

**Artículo 7°.** Protección integral. Se entiende por protección integral de los niños, niñas y adolescentes el reconocimiento como sujetos de derechos, la garantía y cumplimiento de los mismos, la prevención de su amenaza o vulneración y la seguridad de su restablecimiento inmediato en desarrollo del principio del interés superior.

La protección integral se materializa en el conjunto de políticas, planes, programas y acciones que se ejecuten en los ámbitos nacional, departamental, distrital y municipal con la correspondiente asignación de recursos financieros, físicos y humanos. (Subrayado fuera de texto).

**Artículo 9°.** Prevalencia de los derechos. En todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona.

En caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente. (Subrayado fuera de texto).

**Artículo 17.** Derecho a la vida y a la calidad de vida y a un ambiente sano. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a la vida, a una buena calidad de vida y a un ambiente sano en condiciones de dignidad y goce de todos sus derechos en forma prevalente.

La calidad de vida es esencial para su desarrollo integral acorde con la dignidad de ser humano. Este derecho supone la generación de condiciones que les aseguren desde la concepción cuidado, protección, alimentación nutritiva y equilibrada, acceso a los servicios de salud, educación, vestuario adecuado, recreación y vivienda segura dotada de servicios públicos esenciales en un ambiente sano. (Subrayado fuera de texto).

**Artículo 203.** Principios rectores de las políticas públicas. Las políticas públicas de infancia, adolescencia y familia como políticas de Estado se regirán como mínimo por los siguientes principios:

1. El interés superior del niño, niña o adolescente.
2. La prevalencia de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes.
3. La protección integral.
4. La equidad.
5. La integralidad y articulación de las políticas.
6. La solidaridad.
7. La participación social.

8. La prioridad de las políticas públicas sobre niñez y adolescencia.

9. La complementariedad.

10. La prioridad en la inversión social dirigida a la niñez y la adolescencia.

11. La financiación, gestión y eficiencia del gasto y la inversión pública.

12. La perspectiva de género.

**Ley 100 de 1993, por la cual se crea el sistema de seguridad social integral**

**Artículo 153. Principios del Sistema General de Seguridad Social en Salud.** Son principios del Sistema General de Seguridad Social en Salud: (...)

3.5 Prevalencia de derechos. Es obligación de la familia, el Estado y la sociedad en materia de salud, cuidar, proteger y asistir a las mujeres en estado de embarazo y en edad reproductiva, a los niños, las niñas y adolescentes, para garantizar su vida, su salud, su integridad física y moral y su desarrollo armónico e integral. La prestación de estos servicios corresponderá con los ciclos vitales formulados en esta ley, dentro del Plan de Beneficios. *(Subrayado fuera de texto).*

**Ley 294 de 1996, se dictan normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar**

**Artículo 3º.** Para la interpretación y la aplicación de la presente ley se tendrán en cuenta los siguientes principios: (...)

f) Los derechos de los niños prevalecen sobre los de los demás; (...) *(Subrayado fuera de texto).*

La Constitución Política de Colombia consagra un conjunto de derechos fundamentales en relación con los NNA. En estos preceptos se enfatiza que a ellos y a ellas se les deben garantizar todos los derechos universales y generales consagrados en la Carta Magna, en las diferentes leyes y en los tratados internacionales ratificados por el país. Igualmente, señala un referente que además de jurídico es un deber ser esencial del Estado y del conjunto de la sociedad: “Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”.

Teniendo en cuenta el espíritu de la Carta Política todos los niños, niñas y adolescentes deben ser tratados por igual. Tienen el mismo derecho a recibir educación, salud, asistencia médica, cuidados familiares, sin distinción de ninguna naturaleza, es decir, sin discriminación basada en su condición social, raza, sexo, origen nacional o étnico, posición económica, impedimentos físicos, o cualquier otra condición del propio niño, de sus padres o representantes legales.

Todas las instituciones (públicas o privadas, judiciales, administrativas o legislativas y las que prestan servicios) deben tener presentes los derechos de los niños y niñas, de tal manera que toda decisión o medida debe estar dirigida a

equilibrar y buscar el mejor bienestar y protección integral de los niños. Se trata de un principio específico para todos los actos de las instituciones. Cuando se formulan programas y proyectos, en áreas como las de educación y salud, se tiene que garantizar el cumplimiento de los derechos de los niños en forma integral.

Para hacer efectivos los derechos de los NNA, los estados deben adoptar las medidas que sean necesarias primeramente, hasta el máximo de los recursos de que dispongan y cuando no los tengan, deben recurrir también con prioridad a la cooperación internacional. Estas medidas suponen para ellos, lo siguiente:

- Preferencia en la formulación de las políticas públicas,
- Preeminencia en la formulación y asignación presupuestaria,
- Preferencia en la atención en situaciones de emergencia, y en el acceso a los servicios públicos,
- Preferencia en la restitución de sus derechos que hayan sido violados y en el castigo para los culpables.

Al existir una prevalencia en los derechos de los NNA, cabe preguntarse en cabeza de quién se encuentra la responsabilidad de garantizar su protección y goce de todos sus derechos en forma prevalente. Frente a este particular, nuestra Constitución Política otorga una responsabilidad compartida en cabeza de la familia, la sociedad y el Estado. El concepto de “corresponsabilidad” se encuentra definido en la Ley 1098 de 2006, entendido como la concurrencia de actores y acciones conducentes a garantizar el ejercicio de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes.

### **Corresponsabilidad**

#### **Constitución Política de 1991**

**Artículo 44.** (...) 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. *(Subrayado fuera de texto).*

#### **Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y Adolescencia**

**Artículo 2º. Objeto.** El presente código tiene por objeto establecer normas sustantivas y procesales para la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes, garantizar el ejercicio de sus derechos y libertades consagrados en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, en la Constitución Política y en las leyes, así como su restablecimiento. Dicha garantía

y protección será obligación de la familia, la sociedad y el Estado. (Subrayado fuera de texto).

**Artículo 10. Corresponsabilidad.** Para los efectos de este código, se entiende por corresponsabilidad, la concurrencia de actores y acciones conducentes a garantizar el ejercicio de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes. La familia, la sociedad y el Estado son corresponsables en su atención, cuidado y protección.

La corresponsabilidad y la concurrencia aplican en la relación que se establece entre todos los sectores e instituciones del Estado. (Subrayado fuera de texto).

No obstante lo anterior, instituciones públicas o privadas obligadas a la prestación de servicios sociales, no podrán invocar el principio de la corresponsabilidad para negar la atención que demande la satisfacción de derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes.

**Artículo 23. Custodia y cuidado personal.** Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que sus padres en forma permanente y solidaria asuman directa y oportunamente su custodia para su desarrollo integral. La obligación de cuidado personal se extiende además a quienes convivan con ellos en los ámbitos familiar, social o institucional, o a sus representantes legales.

**Artículo 38. De las obligaciones de la familia, la sociedad y el Estado.** Además de lo señalado en la Constitución Política y en otras disposiciones legales, serán obligaciones de la familia, la sociedad y el Estado en sus niveles nacional, departamental, distrital y municipal el conjunto de disposiciones que contempla el presente código. (Subrayado fuera de texto).

**Artículo 40. Obligaciones de la sociedad.** En cumplimiento de los principios de corresponsabilidad y solidaridad, las organizaciones de la sociedad civil, las asociaciones, las empresas, el comercio organizado, los gremios económicos y demás personas jurídicas, así como las personas naturales, tienen la obligación y la responsabilidad de tomar parte activa en el logro de la vigencia efectiva de los derechos y garantías de los niños, las niñas y los adolescentes. En este sentido, deberán:

1. Conocer, respetar y promover estos derechos y su carácter prevalente. (...) (Subrayado fuera de texto).

**Artículo 41. Obligaciones del Estado.** El Estado es el contexto institucional en el desarrollo integral de los niños, las niñas y los adolescentes. En cumplimiento de sus funciones en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal deberá:

Garantizar el ejercicio de todos los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes.

(...)

El Estado, la sociedad en general, y la familia en particular conforman una trilogía responsable de hacer efectivos los derechos de los niños, niñas y adolescentes. La obligación del Estado está básicamente en crear condiciones a las familias en lo social, cultural y económico, entre otras, para que estas puedan satisfacer las necesidades y derechos de sus hijos.

Esta obligación del Estado debe ser correspondida con la solidaridad familiar y social. Sobre la participación de cada uno de nosotros descansa el goce efectivo de los derechos humanos de la infancia. Todos debemos colaborar en situaciones de emergencia, esto forma parte de la esencia del principio de corresponsabilidad. Los estados deben adoptar cuantas medidas sean necesarias, adecuadas y efectivas para que los derechos de los niños y niñas sean cumplidos y respetados. Es decir, para que las medidas sean efectivas no pueden ser entendidas como temporales u ocasionales, por el contrario, deben ser parte de una política sostenida y continuada que garantice la perdurabilidad del ejercicio de los derechos a los NNA, generación tras generación. La superación efectiva del momento de crisis refiere a la implementación de medidas que conlleven a la reconstrucción a plenitud de todos los derechos de la infancia.

Como parte integral de los derechos humanos, los de los niños y niñas en particular, tienen las mismas características: Nadie, ni siquiera los mismos niños pueden renunciar a sus derechos. Los derechos no son de una sola persona en mayor o menor medida, corresponden a todos los niños por igual.

Con base en lo anterior, se puede evidenciar que la garantía y protección de los derechos y el interés superior de los NNA, se encuentran en cabeza de la familia, la sociedad y el Estado y por esta razón debemos involucrarnos en el planteamiento de condiciones que favorezcan al debido proceso en términos de otorgarle la doble instancia al procedimiento administrativo de restablecimiento de derechos y poniendo términos prudenciales que permitan darle un tiempo límite para definir la situación de los NNA que se encuentran con declaratoria de vulnerabilidad.

### Reconocimiento internacional

En las últimas décadas la protección que desde los derechos humanos se ha dado a los NNA es bastante amplia. El instrumento internacional que por excelencia protege sus derechos es la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN). No obstante, existe un gran número de instrumentos convencionales y no convencionales que complementan esta protección como el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, el Protocolo

facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional, las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (Reglas de La Habana), las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad), el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Protocolo de Palermo), entre otros.

En el ámbito interamericano, si bien no existe un tratado específico sobre los derechos de los niños y niñas, esta protección se deriva del artículo VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Declaración Americana) y del artículo 19 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (Convención Americana o CADH). Dichas garantías, a su vez, han motivado la producción de una gran cantidad de informes por parte de la Comisión Americana de Derechos Humanos (CIDH o comisión Interamericana), así como una amplia jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH o Corte Interamericana) e incluso la emisión de una Opinión Consultiva específica sobre el tema.

La amplia gama de tratados y otros instrumentos internacionales sobre los derechos de los niños, se justifica en la gran cantidad de temas que comprenden sus derechos. La situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los NNA, se puede configurar en diversos ambientes como sucede con los niños y niñas en el caso de conflictos armados, violencia familiar, situaciones de desprotección, como en el caso de los niños y niñas de la calle, niños y niñas privados de libertad, niños indígenas, discriminación por género, raza, religión o por su sola condición de NNA o la falta de acceso a servicios básicos necesarios para su edad como alimentación, salud, educación, entre otras muchas situaciones.

### **2.1. Cronología histórica del reconocimiento de los Derechos de los niños, niñas y adolescentes**

En el escenario internacional, en 1924, con el impulso de Save the Children, se logra la Declaración de Ginebra, constituyéndose en pionera respecto a los derechos de la población infantil, deberes de los Estados y responsabilidades de los adultos.

Es en 1946 cuando en el interior de la ONU se crea el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (Unicef), que inicialmente apoya a la

niñez del continente europeo, víctima de la guerra, y luego, en 1956, se le da el estatus de institución permanente de dedicación especial para proteger los derechos de la infancia del mundo.

Dos años después, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprueba y proclama la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que en su texto prescribe mandatos éticos, de justicia, derechos e inclusión para el conjunto de los seres humanos, entre los que se encuentra la población infantil, haciendo explícito que la infancia tiene derecho a cuidados especiales.

Por otra parte, en el ámbito específico de la expedición de lineamientos normativos para los niños y niñas, la Organización de las Naciones Unidas aprueba y proclama, a través de la Resolución número 1386 del año 1959, la Declaración de los Derechos del Niño, la cual a lo largo de sus 10 artículos, entre otros asuntos, prescribe derechos relacionados con la no discriminación, la protección especial y la prioridad en toda circunstancia, tener un nombre y una nacionalidad, acceso a la seguridad social, pleno desarrollo de la personalidad, educación, protección contra el abandono, la crueldad, la explotación y en general contra todo tipo de abuso.

En 1989, la Asamblea General de las Naciones Unidas adopta, a través de su Resolución 44/25, la Convención sobre los Derechos del Niño, cuya entrada en vigor se dio a partir del 2 de septiembre de 1990. En esta disposición, que fue aprobada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991, a través de sus más de cincuenta artículos profundiza en los derechos de los menores de dieciocho años tanto en su universalidad como en lo referente a las especificidades que se deben tener en cuenta cuando se trata de personas o grupos diversos en razón a condiciones como el color, el sexo, el idioma, la religión, el origen nacional, étnico o social, la posición económica u otras condiciones.

#### **Derechos de los niños**

A partir de la promulgación de la Convención de 1989 se ha ido adecuando la legislación interna de los estados a los principios contemplados en la Declaración. Aunque la legislación y el sistema jurídico de cada país suele ser diferente, 193 países han ido consagrando medidas especiales para su protección, a nivel legislativo e incluso derechos constitucionales. Entre los Derechos del niño destacan los cuatro principios fundamentales:

- La no discriminación: todos los niños tienen los mismos derechos.
- El interés superior del niño: cualquier decisión, ley, o política que pueda afectar a la infancia tiene que tener en cuenta qué es lo mejor para el niño.
- El derecho a la vida, a jugar, la supervivencia y el desarrollo: todos los niños y

niñas tienen derecho a vivir y a tener un desarrollo adecuado.

- La participación: los menores de edad tienen derecho a ser consultados sobre las situaciones que les afecten y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta.

### **Convención sobre los Derechos del Niño y protocolos facultativos**

Las Naciones Unidas en la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) ha indicado los estándares precedentes a los derechos del niño y estos han sido ratificados por todos los países menos los Estados Unidos, Somalia y Sudán del Sur. La inestabilidad de Somalia a firmar la Convención es un atributo de su falta de estructura gubernamental. La administración de los Estados Unidos bajo el gobierno de George W. Bush se opuso a ratificar la Convención y las condiciones legales porque «crean conflicto con las políticas de Estados Unidos en el rol de los padres, soberanía, estado y leyes locales». Y si bien en 2008 el nuevo presidente Barack Obama dijo que su gobierno revisaría la posición, el tema no ha cambiado.

Por otra parte, en mayo del 2000 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó dos Protocolos facultativos de la CDN:

- El Protocolo facultativo a la Convención concerniente a la implicación de los niños en los conflictos armados, que entró en vigor el 12 de febrero de 2002. Hasta el 30 de junio de 2006, ha sido ratificado por 107 Estados y firmado por 122.

- El Protocolo facultativo a la Convención concerniente a la venta de niños, la prostitución y a la pornografía poniendo en escena a niños, entró en vigor el 18 de enero de 2002. Hasta el 30 de junio de 2006, fue ratificado por 107 Estados y firmado por 115.

### **Normatividad en Colombia sobre los Derechos del Niño y Adolescentes**

En el ámbito nacional, si bien existe una historia de normas que señalan desde diferentes perspectivas asuntos relacionados con la población infantil y joven, se considera un hito en la historia de la acción estatal con respecto a la protección de la niñez la Ley 75 que se expide en 1968, a través de la cual se crea el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), entre cuyas funciones se encuentran las relativas a la protección del menor.

En 1989 es promulgado el Decreto número 2737, “por el cual se expide el Código del Menor”, una serie de disposiciones relacionadas con los derechos del menor y los deberes que se derivan de estos.

El año 1991 se convierte en otro año de trascendencia para los desarrollos normativos y para el reconocimiento de derechos de los niños en el país. Se expide la Ley 12 de 1991, que

ratifica la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, y se proclama la nueva Constitución Política, que incluye dentro de los derechos relacionados con la niñez y los jóvenes los siguientes:

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.

Artículo 45. *El adolescente tiene derecho a la protección y a la formación integral.* El Estado y la sociedad garantizan la participación activa de los jóvenes en los organismos públicos y privados que tengan a cargo la protección, educación y progreso de la juventud.

Artículo 50. Todo niño menor de un año que no esté cubierto por algún tipo de protección o de seguridad social tendrá derecho a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado. La ley reglamentará la materia.

Cabe señalar que la Carta Magna incluye en su conjunto preceptos de carácter universal que, por supuesto, son extensivos a la niñez y que al aplicarse deben tener como referente la prioridad de los derechos de los menores.

En desarrollo de las anteriores disposiciones, se han expedido diversas normas que contienen preceptos específicos en relación con los derechos de los niños, entre las cuales se encuentran:

- La Ley 294 de 1996, “por la cual se desarrolla el artículo 42 de la Constitución Política y se dictan normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar”.

- La Ley 742 de 2002, “por medio de la cual se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional ...” y muchas otras de carácter sectorial, entre las cuales están la Ley 100 de 1993, sobre la seguridad social en Colombia; la Ley 115 de 1994, de educación; la Ley 181 de

1995, sobre fomento del deporte, la recreación, el aprovechamiento del tiempo libre y la educación física y se crea el Sistema Nacional del Deporte, que al determinar las poblaciones beneficiarias de los ámbitos de política pública que en cada caso se abordan, hacen referencia al derecho que tienen los NNA.

De manera especial, por su abordaje integral respecto de la población que nos ocupa aquí y por su actualidad, destacamos la Ley 1098 de 2006, “por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”. Si bien todos estos desarrollos normativos tienen un amplio contenido de carácter universal, también se encuentran en ellos disposiciones dirigidas a sectores particulares de la población entre los cuales se encuentra la población infantil de las comunidades indígenas, que, para el caso colombiano, generan la obligación de su aplicabilidad y el reto de su interpretación, adecuación y materialización con un enfoque intercultural y diferencial, dado que, como lo estableció nuestra Constitución, “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana” (artículo 7º), y que “La cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad. El Estado reconoce la igualdad de todas las que conviven en el país” (artículo 70).

#### **Contexto del proceso administrativo de restablecimiento de derechos en Colombia**

Teniendo en cuenta la Sentencia T 557/11 de la Corte Constitucional de Colombia, el Código de la Infancia y la Adolescencia regula expresamente los procedimientos administrativos atinentes a la adopción de medidas de protección o de restablecimiento de derechos de los niños, radicándolos en cabeza de los defensores de familia y comisarios de familia (artículo 96) del lugar donde se encuentre el menor (artículo 97).

En relación con la adopción de medidas de protección y restablecimiento de derechos de los menores (amonestación, ubicación en familia de origen o extensa, en hogar de paso o sustituto llegando hasta la adopción), esta Corporación señaló, en Sentencia T-572 de 2009, que esta debe estar siempre precedida y soportada por labores de verificación, encaminadas a determinar la existencia de una real situación de abandono, riesgo o peligro que se cierne sobre los derechos fundamentales del niño, niña o adolescente. Precisó, al respecto, lo siguiente:

“[...] el decreto y la práctica de medidas de restablecimiento de derechos, si bien se amparan en la Constitución, en especial, en el artículo 44 Superior, también es cierto que las autoridades administrativas competentes para su realización deben tener en cuenta (i) la existencia de una lógica de graduación entre cada una de ellas; (ii) la proporcionalidad entre el riesgo o vulneración del derecho y la medida de protección adoptada; (iii) la solidez del material probatorio; (iv) la duración

de la medida; y (v) las consecuencias negativas que pueden comportar algunas de ellas en términos de estabilidad emocional y psicológica del niño, niña o adolescente.

En pocas palabras, las autoridades administrativas, al momento de decretar y practicar medidas de restablecimiento de derechos, deben ejercer tales competencias legales de conformidad con la Constitución, lo cual implica proteger los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes con base en criterios de racionalidad y proporcionalidad; lo contrario, paradójicamente, puede acarrear un desconocimiento de aquéllos”. (Subrayado fuera de texto).

Ahora, la actuación administrativa de restablecimiento de derechos puede iniciarse por el representante legal del niño, o la persona que lo tenga bajo su cuidado o custodia. También podrá iniciarla directamente el propio menor. La disposición faculta, asimismo, a los defensores o comisarios de familia para abrir la investigación, siempre que sea de su competencia, o a informar a la autoridad competente, cuando tenga conocimiento de la inobservancia, vulneración o amenaza de los derechos que el ordenamiento reconoce a favor de los niños. Con la providencia de apertura de la investigación se deberá ordenar la identificación y citación de los representantes legales del niño o de quienes estuvieran a su cargo, así como de los implicados en la violación o amenaza de los derechos. De igual manera, podrá tomar las medidas provisionales de urgencia que sean necesarias para la protección integral del menor, y practicar las pruebas que considere conducentes para establecer los hechos perturbadores de los derechos del niño (artículo 99).

Según el artículo 100, par. 2º, del Código citado, en el trámite (i) deberá surtirse una audiencia de conciliación, siempre que el asunto sea conciliable; (ii) si no se logra la conciliación o esta no tenía que llevarse a cabo, el funcionario deberá establecer, mediante resolución motivada, las obligaciones de protección al menor, incluyendo la provisional de alimentos, visitas y custodia; (iii) una vez resuelto el recurso de reposición o vencido el término para interponerlo, el expediente deberá ser remitido al juez de familia para homologar el fallo; (iv) el funcionario podrá ordenar que el equipo técnico interdisciplinario, o alguno de sus integrantes, rinda dictamen pericial; (v) la actuación administrativa deberá resolverse dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha de presentación de la solicitud o la apertura oficiosa de la investigación, de suerte que el funcionario administrativo pierde competencia después de vencido dicho término o aquel estipulado para resolver el recurso de reposición (dentro de los 10 días siguientes al vencimiento del término para interponerlo).

A su vez, el artículo 119 del Código atribuye al juez de familia, en única instancia, la revisión

de las decisiones administrativas proferidas por el defensor de familia o el comisario de familia, así como resolver sobre el restablecimiento de derechos cuando el defensor o el comisario de familia hayan perdido competencia.

De conformidad con el recuento realizado, las reglas procedimentales pueden sintetizarse de la siguiente manera:

a) Los jueces de familia tienen la competencia para conocer de los asuntos relativos a la custodia y cuidado personal, visita y protección de los menores (Decreto número 2272 de 1989, art. 5° - d) y estos deberán tramitarse mediante el proceso verbal sumario (CPC, artículo 435, numeral 5);

b) Los procedimientos administrativos atinentes a la adopción de medidas de protección o de restablecimiento de derechos de los niños (amonestación, retiro de la actividad que amenace o vulnere sus derechos, ubicación en medio familiar, ubicación en centros de emergencia, adopción) son de competencia de los defensores de familia y comisarios de familia del lugar donde se encuentre el menor (Código de la Infancia y la Adolescencia, artículos 96 y 97);

c) Con la providencia de apertura de la investigación, iniciada de oficio o a petición de un interesado se deberá ordenar identificar y citar a los representantes legales del niño o de quienes estuvieran a su cargo, así como de los implicados en la violación o amenaza de sus derechos (Código de la Infancia y la Adolescencia, artículo 99);

d) La autoridad administrativa podrá tomar las medidas provisionales de urgencia que sean necesarias para la protección integral del menor, y practicar las pruebas que considere conducentes para establecer los hechos perturbadores de los derechos del niño (Código de la Infancia y la Adolescencia, artículo 99).

e) La actuación administrativa deberá resolverse dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha de presentación de la solicitud o la apertura oficiosa de la investigación, de suerte que el funcionario administrativo pierde competencia después de vencido dicho término o aquel estipulado para resolver el recurso de reposición (10 días siguientes al vencimiento del término para interponerlo). (Código de la Infancia y la Adolescencia, artículo 100, par. 2°);

f) Una vez resuelto el recurso de reposición o vencido el término para interponerlo, el expediente deberá ser remitido al juez de familia para que este último homologue la decisión adoptada (Código de la Infancia y la Adolescencia, artículo 100);

g) El juez de familia, en única instancia, revisará las decisiones administrativas proferidas por el defensor de familia o el comisario de familia, como autoridad jurisdiccional con competencia para decidir en los asuntos en los que se vean comprometidos los derechos de un menor.

(Código de la Infancia y la Adolescencia, artículo 119).

La normatividad legal vigente refleja, prima facie, una adecuada ponderación entre los derechos constitucionales en juego. Por una parte, la protección de las decisiones judiciales, como fuente de resolución y definición de los derechos de toda persona menor, pero a la vez, la protección de las decisiones excepcionales y urgentes que deba tomar la administración para proteger el interés superior del menor, cuando cumplir la decisión judicial previa, por cambios en las circunstancias a considerar desde el momento de la decisión judicial hasta el momento actual, implicaría comprometer el propio interés superior de los NNA.

Con base en el orden constitucional y legal vigente, especialmente, en los criterios de razonabilidad y ponderación y con el fin de garantizar el goce efectivo e integral de los derechos fundamentales reconocidos a las personas menores de edad, la Sala de Revisión considera que toda decisión de una autoridad competente para protegerla, debe ser excepcional y responder, así como cumplir, por lo menos, los siguientes ocho criterios.

**a) Gravedad de la afectación de los derechos.** La medida debe estar fundamentada en la existencia de una evidencia clara de que la persona menor se encuentra frente a una amenaza o peligro, que se traduzca en un grave riesgo, de manera que el material probatorio deber ser sólido. Es decir, no basta con probar la existencia de una amenaza (el eventual peligro que se enfrenta), sino que también se ha de demostrar que existe un gran riesgo (una alta probabilidad de que la amenaza se materialice). La gravedad de la afectación, implica que el peligro o amenaza al que se enfrenten las personas menores, deben provenir de situaciones que afecten en gran medida (no en poca o alguna medida) la garantía del desarrollo integral del menor, la garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor, la protección del menor frente a riesgos prohibidos legal y categóricamente por una sociedad democrática;

**b) Necesidad de intervención.** La intervención de la administración pública en la definición de la permanencia de una persona menor, cuando la misma ya ha sido decidida por la justicia, a través de los jueces competentes y mediante los procesos establecidos para el efecto, debe respetar en especial el criterio de la ‘necesidad de intervención’. En la medida en que son las relaciones paterno filiales las que han de prevalecer, en principio, y teniendo en cuenta que los menores y su familia ya sufrieron una fuerte e impactante intervención estatal, una nueva, debe cumplir de forma estricta el principio de necesidad, el cual exige razones ‘poderosas’, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional previamente citada;

**c) Posterioridad.** La medida debe versar sobre cuestiones que no pudieron ser consideradas por el juez constitucional y legalmente competente para decidir sobre los derechos de los menores, en atención a su interés superior, especialmente protegidos. Esto asegura que no se trate de revisar lo decidido judicialmente, sino de consideraciones sobre asuntos que no pudieron ser analizados por el juez competente. Por ejemplo, ello ocurre cuando se trata de hechos nuevos que acaecieron con posterioridad a la decisión judicial fueron ocultados de mala fe por una de las partes.

**d. Urgencia.** La autoridad administrativa debe estar ante una situación urgente, que demande su actuación con toda celeridad. Debe tratarse de una decisión y una medida que ha de tomarse con toda prontitud, una situación en la que no se cuenta con el tiempo para poder llevar la cuestión ante la autoridad correspondiente de forma previa. En todo caso, la actuación judicial debería tener que iniciarse por parte de la entidad estatal de forma coetánea, inmediatamente después o, por lo menos, a la mayor brevedad posible;

**e) Proporcionalidad.** La medida debe ser proporcional al grave riesgo y amenaza que se enfrente. No puede la administración, so pretexto de proteger derechos fundamentales importantes y significativos de la persona menor, desconocer o tomar decisiones que afecten otros derechos que sean más importantes o estén considerablemente amenazados por un riesgo significativamente mayor;

**f) Razonabilidad.** La medida que se adopte debe ser razonable, esto es, que atienda a los mínimos criterios de racionalidad instrumental y parámetros constitucionales, en términos de valores, principios y reglas. La medida debe estar encaminada efectivamente a la finalidad de proteger a las personas menores, específica y concretamente consideradas, empleando para ello los medios adecuados, necesarios y legítimos. No se puede tomar decisiones que no tengan justificación, que sean absurdas o que no tengan coherencia. Así mismo, medidas que no conduzcan a los fines propuestos o que, simplemente, no atiendan a los límites que los derechos fundamentales le imponen a la administración;

**g) Temporalidad.** La medida, por supuesto, no puede ser definitiva. Ha de tratarse de una intervención excepcional, no sólo en cuanto al hecho mismo que ocurra, sino también en cuanto a su duración. Si en realidad se trata de una situación excepcional, no puede ser que, en último término, no sea la autoridad judicial competente, sino la administrativa la que termine fijando y estableciendo el alcance de los derechos involucrados.

**h) Valoración de consecuencias.** En cualquier caso, la autoridad administrativa correspondiente debe valorar las consecuencias negativas que puede comportar la medida en

términos de estabilidad emocional y psicológica de toda persona menor.

### **Garantía y restablecimiento de derechos de los NNA**

El Código de Infancia y Adolescencia tiene como objetivo establecer las normas sustantivas y procesales para la protección integral de los NNA, garantizar el ejercicio de sus derechos y libertades consagrados en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, en la Constitución Política y en las leyes, así como su restablecimiento. De dicho objetivo se desprenden dos obligaciones esenciales a tener en cuenta:

Garantía de derechos

Restablecimiento de derechos

#### **Garantía de derechos:**

¿Qué es? Conforme al artículo 205 de la Ley 1098 de 2006 el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar es el órgano rector del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, que tiene a su cargo la articulación de las entidades responsables de la garantía de los derechos, la prevención de su vulneración, la protección y el restablecimiento de los mismos, en los ámbitos nacional, departamental, distrital, municipal y resguardos o territorios indígenas.

**Fines del Sistema Nacional de Bienestar Familiar.** De acuerdo con el artículo 13 de la Ley 7ª de 1979, los fines del sistema son: Promover la integración y realización armónica de la familia; Proteger al menor y garantizar los derechos de la niñez Vincular el mayor número de personas y coordinar las entidades estatales competentes en el manejo de los problemas de la familia y del menor, al propósito de elevar el nivel de vida de nuestra sociedad.

#### **Restablecimiento de derechos:**

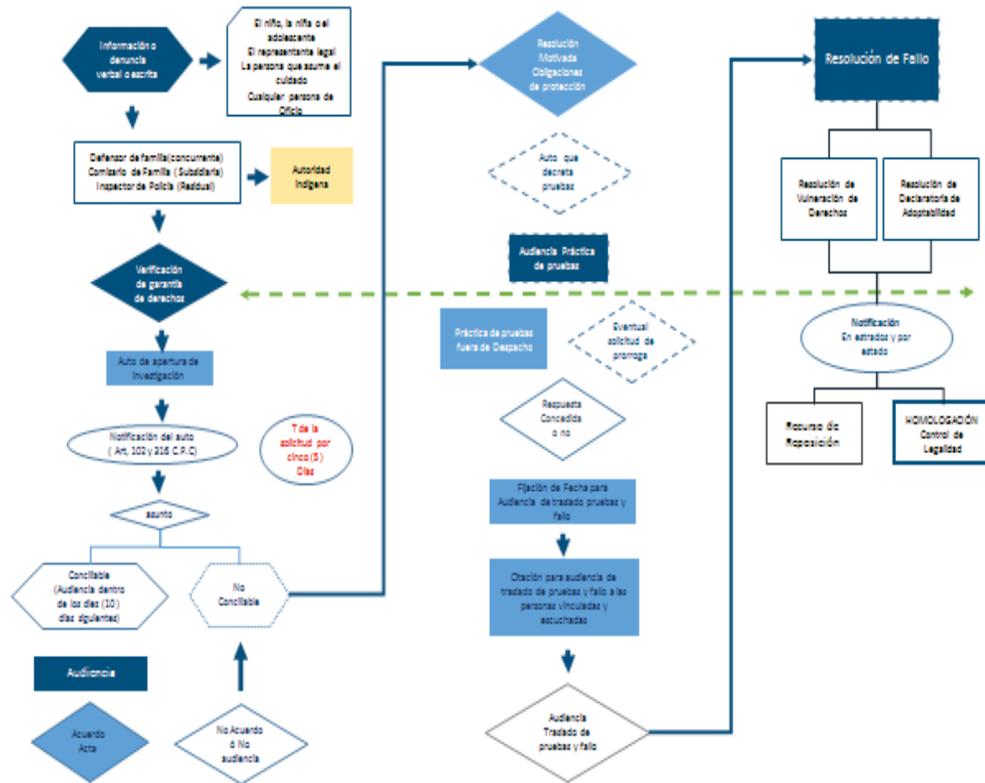
¿Qué es? Conforme al artículo 50 de la Ley 1098 de 2006, se entiende por restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, la restauración de su dignidad e integridad como sujetos y de la capacidad para hacer un ejercicio efectivo de los derechos que le han sido vulnerados.

En concordancia con lo anterior y en atención a la Sentencia T-075 de 2012, “El restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, implica la restauración de su dignidad e integridad como sujetos de derechos y de la capacidad para realizar un ejercicio efectivo de los derechos que le han sido vulnerados (...) las autoridades deberán surtir procedimientos tendientes a garantizar el cumplimiento de cada uno de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes y aplicarán oportunamente las medidas conducentes a ello<sup>6</sup>”.

<sup>6</sup> Sentencia T-075 de 2012. Magistrado ponente Nilson Pinilla Pinilla.

**ruta del procedimiento administrativo de restablecimiento de derechos**

RUTA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS.



“Al iniciar el procedimiento durante la actuación administrativa de restablecimiento de derechos, el defensor de familia antes de tomar alguna decisión, debe verificar la garantía de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, con el objeto de establecer fehacientemente la existencia de alguna vulneración para así no incurrir en una equivocación<sup>7</sup>”.

El Proceso administrativo se inicia por inobservancia, vulneración o amenaza de alguno de los derechos que la Ley 1098 de 2006 reconoce a los niños, las niñas y los adolescentes.

Este proceso tiene un término perentorio de 4 meses prorrogables por 2 meses más, se caracteriza por ser oral y concentrado, por lo tanto, tiene un procedimiento específico y deben brindarse todas las garantías correspondientes al debido proceso contemplado en el artículo 29 de la Constitución Política como un derecho fundamental, que en palabras de la Corte Constitucional “tiene una aplicación concreta no sólo en las actuaciones

judiciales sino también en las actuaciones administrativas”.

El contenido de la resolución que remedia la situación jurídica del NNA puede ser:

- a) Declaratoria de adoptabilidad;
- b) Declaratoria de vulneración de derechos.

El defensor de familia también podrá tomar medidas que no necesariamente resuelvan la situación jurídica del NNA y podrá resolver el reintegro a su núcleo familiar.

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, cuenta con un programa de atención especializada, que a su vez tiene modalidades que atienden a los NNA de acuerdo a la situación de vulnerabilidad y caso específico del menor que ingrese bajo la protección del ICBF, brindándole una atención integral psicosocial y satisfaciendo sus necesidades básicas. A partir del momento en que inicia el procedimiento administrativo, el NNA ingresa bajo la custodia del ICBF.

El defensor y el comisario de familia, como ejecutores del trámite de restablecimiento de los derechos, deben ir más allá del simple cumplimiento

<sup>7</sup> Sentencia T-090 de 2010 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

de los requisitos y las exigencias del trámite administrativo, para realizar una revisión de los requisitos sustanciales del asunto y establecer si la decisión viola derechos fundamentales de los niños involucrados, determinando si la medida adoptada es oportuna, conducente y conveniente, según las circunstancias que rodean al niño, niña o adolescente<sup>8</sup>.

**Reglas procedimentales respecto a la competencia de jueces y autoridades administrativas en la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes:**

a) Los jueces de familia tienen la competencia para conocer de los asuntos relativos a la custodia y cuidado personal, visita y protección de los menores (Decreto número 2272 de 1989, artículo 5° - d) y estos deberán tramitarse mediante el proceso verbal sumario (CPC, artículo 435, numeral 5);

b) Los procedimientos administrativos atinentes a la adopción de medidas de protección o de restablecimiento de derechos de los niños (amonestación, retiro de la actividad que amenace o vulnere sus derechos, ubicación en medio familiar, ubicación en centros de emergencia, adopción) son de competencia de los defensores de familia y comisarios de familia del lugar donde se encuentre el menor (Código de la Infancia y la Adolescencia, artículos 96 y 97);

c) Con la providencia de apertura de la investigación, iniciada de oficio o a petición de un interesado se deberá ordenar identificar y citar a los representantes legales del niño o de quienes estuvieran a su cargo, así como de los implicados en la violación o amenaza de sus derechos (Código de la Infancia y la Adolescencia, artículo 99);

d) La autoridad administrativa podrá tomar las medidas provisionales de urgencia que sean necesarias para la protección integral del menor, y practicar las pruebas que considere conducentes para establecer los hechos perturbadores de los derechos del niño (Código de la Infancia y la Adolescencia, artículo 99);

e) La actuación administrativa deberá resolverse dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha de presentación de la solicitud o la apertura oficiosa de la investigación, de suerte que el funcionario administrativo pierde competencia después de vencido dicho término o aquel estipulado para resolver el recurso de reposición (10 días siguientes al vencimiento del término para interponerlo). (Código de la Infancia y la Adolescencia, artículo 100, par. 2°);

f) Una vez resuelto el recurso de reposición o vencido el término para interponerlo, el expediente deberá ser remitido al juez de familia para que este último homologue la decisión adoptada (Código de la Infancia y la Adolescencia, artículo 100).

g) El juez de familia, en única instancia, revisará las decisiones administrativas proferidas por el defensor de familia o el comisario de familia, como autoridad jurisdiccional con competencia para decidir en los asuntos en los que se vean comprometidos los derechos de un menor<sup>9</sup>.

**Debido proceso y necesidad de doble instancia en el procedimiento de restablecimiento de derechos**

Dentro de los obstáculos identificados durante el proceso administrativo de restablecimiento de derechos, encontramos que este no cuenta con doble instancia y el único recurso que procede es el de reposición, el cual es ante el mismo funcionario y en pocas ocasiones, este revoca la decisión proferida por él. También procede la homologación ante un juez de familia, pero este no es un recurso, ni una instancia, debido a que solo se realiza un ejercicio de revisión de las garantías procesales surtidas dentro del proceso administrativo.

Con el fin de garantizar la doble instancia dentro del proceso administrativo de restablecimiento de derechos, es necesario crear una célula administrativa interdisciplinaria y centralizada, que asuma competencia de todos los casos que ameriten ser revisados en segunda instancia.

Por tal razón, es necesario dotar de garantías procesales de doble instancia a este proceso por medio de la modificación del artículo 101 de la Ley 1098 de 2006, *por el cual se expide el Código de Infancia y Adolescencia*.

El derecho al debido proceso está consagrado en la Constitución Política dentro de los derechos fundamentales, como una garantía para que se lleve a cabo el procedimiento judicial y administrativo cumpliendo de manera inequívoca el procedimiento que se requiera llevar a cabo y se evite la arbitrariedad del Estado al ejercer sus potestades. La Corte Constitucional ha sido enfática en la extensión de las garantías al debido proceso en el ámbito administrativo y afirma que *“la extensión de las garantías del debido proceso al ámbito administrativo no implica, sin embargo, que su alcance sea idéntico en la administración de justicia y en el ejercicio de la función pública. A pesar de la importancia que tiene para el orden constitucional la vigencia del debido proceso en todos los escenarios en los que el ciudadano puede ver afectados sus derechos por actuaciones públicas (sin importar de qué rama provienen), es necesario que la interpretación de las garantías que lo componen tome en consideración los principios que caracterizan cada escenario, así como las diferencias que existen entre ellos”*<sup>10</sup>.

El derecho al debido proceso también implica acudir a la autoridad competente en condiciones de

<sup>8</sup> Sentencia T-075 de 2012. Magistrado ponente Nilson Pinilla Pinilla.

<sup>9</sup> Sentencia T-557 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

<sup>10</sup> Sentencia C-034 de 2014.

libertad e igualdad, obtener decisiones motivadas, impugnar decisiones ante una instancia superior y de obtener el cumplimiento del fallo.

En concordancia con lo anterior, es preciso señalar lo siguiente, con el fin de garantizar el debido proceso:

#### **Constitución Política de 1991**

**Artículo 29.** El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. (Subrayado fuera de texto).

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio (...).

A su vez, la Corte Constitucional en Sentencia T290/98 afirma: “...lo que se protege no es el riguroso seguimiento de reglas de orden legal, sino el manejo de reglas procesales para tomar decisiones que puedan justificarse jurídicamente, es decir, hay que ver el debido proceso desde el ámbito constitucional y no desde el simplemente legal...”. “...el carácter fundamental del derecho al debido proceso proviene de su estrecho vínculo con el principio de legalidad al que deben ajustarse no sólo las autoridades judiciales sino también en adelante, las administrativas, en la definición de los derechos de los individuos...”. (Subrayado fuera de texto).

En cuanto a la doble instancia, es preciso señalar el siguiente pronunciamiento de la Corte Constitucional en la Sentencia C-095 de 2003, donde indica: “La doble instancia surgió ante la necesidad de preservar el principio de legalidad y la integridad en la aplicación del derecho, ya que asegura la posibilidad de corregir los errores en que pueda incurrir el juez o fallador en la adopción de una decisión judicial o administrativa, y permite enmendar la aplicación indebida que se haga por parte de una autoridad de la Constitución o la Ley. Con este propósito, la doble instancia constituye una garantía contra la arbitrariedad, y un mecanismo principal, idóneo y eficaz para la corrección de los yerros en que pueda incurrir una autoridad pública”. (Subrayado fuera de texto).

Si bien, el procedimiento administrativo de restablecimiento de derechos se encuentra debidamente regulado, no es menos cierto que garantizarle a este una doble instancia, favorecería no solo al procedimiento sino que permitiría que la decisión tan delicada de resolver la situación de los NNA, tuviera un mecanismo que confirme, modifique o revoque la decisión tomada en primera instancia. “La doble instancia tiene múltiples finalidades, tales como permitir que la decisión adoptada por una autoridad judicial sea revisada por otro funcionario de la misma naturaleza y más alta jerarquía, ampliar la deliberación del tema y evitar errores judiciales”<sup>11</sup>.

A pesar de que la doble instancia no hace parte del núcleo esencial del debido proceso, es necesario que en nombre del interés superior de los NNA, se garantice la doble instancia en el proceso administrativo de restablecimiento de derechos, por medio de una célula administrativa interdisciplinaria y centralizada, que confirme, modifique o revoque la decisión anterior y de esta forma garantizar que por medio de la doble instancia se puedan corregir los posibles yerros en los que pudo haber incurrido la autoridad competente.

En concordancia con lo anterior, es preciso señalar que esta iniciativa cumple con los criterios jurisprudenciales, en el entendido que la Sentencia C-103 de 2005, hace referencia a los parámetros que el legislador debe tener en cuenta al momento de fijar las excepciones al mandato constitucional de la doble instancia, en los siguientes términos: (i) La exclusión de la doble instancia debe ser excepcional; (ii) Deben existir otros recursos, acciones u oportunidades procesales que garanticen adecuadamente el derecho de defensa y el derecho de acceso a la administración de justicia de quienes se ven afectados por lo actuado o por lo decidido en procesos de única instancia; (iii) La exclusión de la doble instancia debe propender por el logro de una finalidad constitucionalmente legítima; (iv) La exclusión no puede dar lugar a discriminación.

Con base en lo anterior, puede deducirse que no hay razón para que el procedimiento administrativo de restablecimiento de derechos, no cuente con una doble instancia y de esta forma se garantice el goce y primacía de los derechos de los NNA.

Por esta razón planteamos en este proyecto de ley, una iniciativa que permita tener una doble instancia en el procedimiento administrativo de restablecimiento de derechos, asumiendo esta función un órgano administrativo, interdisciplinario y centralizado a cargo del ICBF, quien en un término no mayor a 6 meses a partir de la entrada en vigencia de la presente ley deberá estar conformado y reglamentarlo.

#### **Venezuela, país donde existe doble instancia dentro del proceso**

La Ley Orgánica Para La Protección De Niños, Niñas y Adolescentes, establecen en el Título III, Capítulo IX, Sección Primera, Disposición Generales, en su artículo 214, con respecto a la Competencia y procedimiento, señala lo siguiente:

**Artículo 214. Competencia y procedimiento.** La jurisdicción penal ordinaria es competente para imponer las sanciones penales, siguiendo el procedimiento penal ordinario. El tribunal de protección de niños, niñas y adolescentes es competente para imponer las sanciones previstas.

En este mismo Capítulo IX Infracciones a la Protección Debida Referida a las Sanciones, en su Sección Segunda, establece una serie de hechos

<sup>11</sup> Sentencia C-718 de 2012.

que vulneran los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, desde los artículos 220 al 247, estableciendo además las infracciones y sanciones correspondientes, con el fin de poder garantizar la debida Protección de cada uno de los derechos consagrados en esta Ley, y castigar la Infracciones que violen o vulneren dichos derechos.

En Venezuela también cuentan con la acción de protección que es un recurso judicial contra hechos, actos u omisiones de particulares, órganos o instituciones públicas o privadas que amenacen o violen derechos colectivos o difusos de los niños, niñas y adolescentes. La acción de protección tiene como finalidad que el tribunal de protección de niños, niñas y adolescentes haga cesar la amenaza u ordene la restitución del derecho, mediante la imposición de obligaciones de hacer o de no hacer.

Las Instituciones legitimadas para ejercer la acción judicial de protección son:

- El Ministerio Público.
- La Defensoría del Pueblo.
- El Consejo nacional de derechos y los consejos municipales de derechos de niños, niñas y adolescentes.
- Las organizaciones, legalmente constituidas, con por lo menos dos años de funcionamiento, relacionadas con el asunto objeto de la acción judicial de protección.
- La República, los Estados y los Municipios pueden intentar la acción judicial de protección, a través del ministerio público o la defensoría del pueblo, si estos encuentran fundamento en lo pedido.

Es competente para conocer la acción de protección, el tribunal de protección de niños, niñas y adolescentes del territorio donde tenga o haya tenido lugar el acto o la omisión, constitutiva de la amenaza o la violación. **Contra la decisión del juez o jueza se admite recurso de apelación, que será conocido por el juez o jueza superior.** (Subrayado fuera de texto).

#### LA DECLARATORIA DE VULNERABILIDAD Y SUS EFECTOS

Una vez se define la situación jurídica con declaratoria de vulnerabilidad, luego de adelantar el proceso administrativo de restablecimiento de derechos en los términos que prevé la Ley 1098 de 2006, puede darse lugar a diferentes medidas de restablecimiento de derechos, ya sea, ubicación en medio familiar (familia nuclear, extensa), hogar sustituto, instituciones de atención especializada del ICBF, instituciones del sector salud, entre otras.

En el evento en que la medida de restablecimiento adoptada en la declaratoria de vulneración de derechos, corresponda a la ubicación en medio familiar nuclear o extensa, se realizará el correspondiente seguimiento, que no podrá ser inferior a 6 meses conforme lo establece

el lineamiento técnico de la ruta de actuaciones, tiempo dentro del cual, se establecerá si hay lugar o no al cierre del proceso.

Cuando la medida de restablecimiento de derechos corresponda a la ubicación del NNA en un servicio del ICBF, la permanencia en el mismo dependerá del resultado de las valoraciones que realizan los integrantes de los equipos técnicos interdisciplinarios de las Defensorías de Familia a las medidas decretadas por las autoridad administrativa, así como de los insumos que aporten los profesionales de las instituciones, en donde se verifican las circunstancias específicas de cada situación, para determinar si las condiciones de la medida de restablecimiento de derechos impuesta, son favorables para el cumplimiento de los derechos de los menores de edad o si hay lugar a modificarlas.

Para ello, es necesario tener en cuenta los criterios para definir en cada caso particular el Interés Superior de los menores de edad, contemplados en la sentencia T-510 de 2003<sup>12</sup>.

- La garantía del desarrollo integral del menor [de edad].
- La preservación de las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor [de edad].
- La protección del menor [de edad] frente a riesgos prohibidos.
- El equilibrio con los derechos de los parientes biológicos sobre la base de la prevalencia de los derechos del menor [de edad].
- La necesidad de evitar cambios desfavorables en las condiciones presentes del niño involucrado.
- La necesidad de tener en cuenta las opiniones expresadas por el menor [de edad] respecto del asunto a decidir.

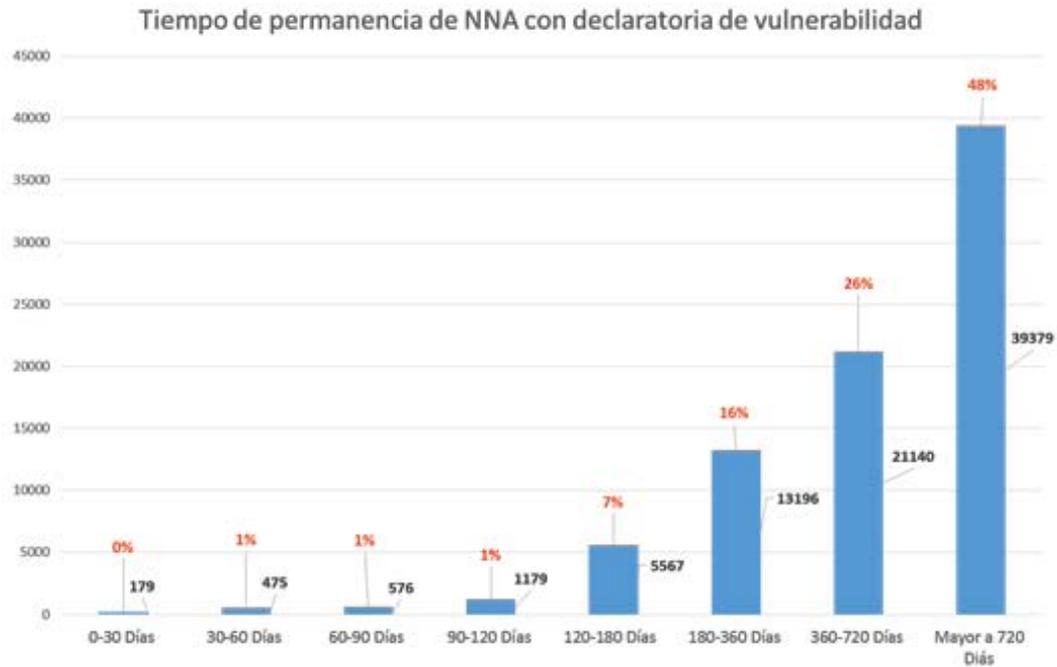
Con el fin de garantizar la prevalencia de los derechos de los niños y el goce efectivo de una protección especial e integral, es necesario poner un término máximo para que la declaratoria vulnerabilidad cese y no pueda prolongarse por en el tiempo.

Tal como lo evidencia la gráfica que se muestra a continuación, la permanencia de los NNA superior a los 720 días a partir de la fecha del auto de apertura, es alarmante, es un tiempo de permanencia prolongado, que de ninguna manera garantiza la supremacía de los derechos de los niños y en cambio sí prolonga indefinidamente la declaratoria de vulneración de derechos sin que exista un tiempo prudencial máximo para resolver su situación.

No tener un término perentorio, ni parámetros específicos para dar por terminado con el mismo, genera una situación de limbo para los NNA que se encuentran bajo la protección del Instituto,

<sup>12</sup> Magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinosa.

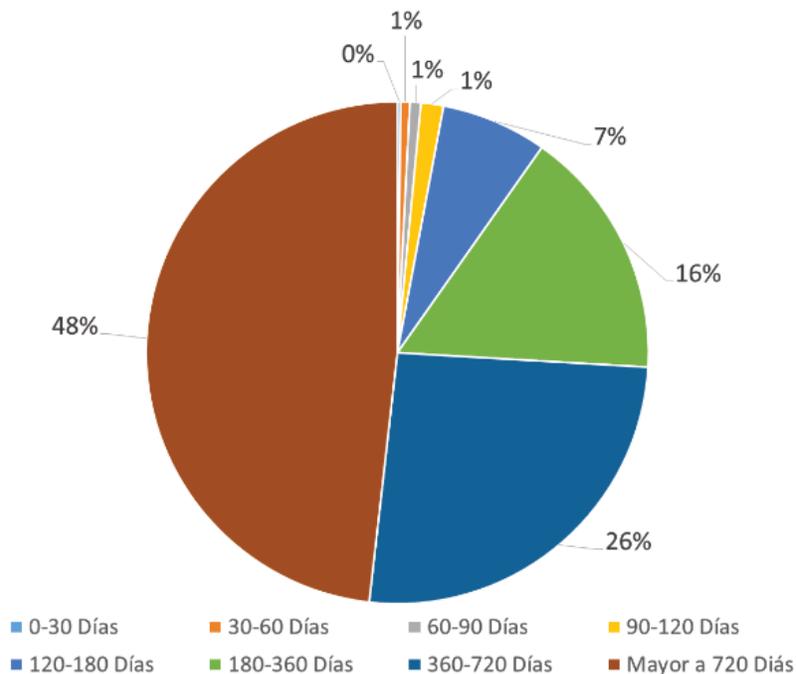
debido a esta situación, se prolonga la permanencia de ellos durante un tiempo indeterminado sin la posibilidad de poder tener una familia que pueda adoptarlos o reintegrarse a su núcleo familiar, debido a que el tránsito entre la declaratoria de vulneración de derechos y la declaratoria de adoptabilidad o el reintegro a su familia, puede demorarse en muchos casos hasta más de dos años.



Fuente: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Noviembre de 2015

### Torta de porcentajes

### Tiempo de permanencia de NNA con Declaratoria de Vulnerabilidad



Fuente: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Noviembre de 2015

Porcentualmente, el término de permanencia de los NNA con declaratoria de vulneración de derechos por encima de 720 días, supera con 48% los demás términos de permanencia, lo cual indica

que las garantías de sus derechos no están siendo efectivos.

Teniendo en cuenta que los NNA gozan de una protección prevalente y que la responsabilidad de garantizar sus derechos se encuentra en cabeza de la familia, la sociedad y el Estado, es prioritario que este proyecto de ley salga adelante, con el fin de garantizar una doble instancia al procedimiento administrativo de restablecimiento de derechos en un término que no podrá superar los dos meses para resolver su apelación y definir la situación jurídica de los NNA con declaratoria de vulnerabilidad.

Cordialmente,



**ÁLVARO HERNÁN PRADA ARTUNDUAGA**  
**REPRESENTANTE A LA CÁMARA DEPARTAMENTO DEL HUILA**

**CÁMARA DE REPRESENTANTES**  
**SECRETARÍA GENERAL**

El día 14 de diciembre del año 2017 ha sido presentado en este Despacho el Proyecto de ley número 204, con su correspondiente exposición de motivos, por el honorable Representante *Alvaro Hernán Prada Artunduaga*.

El Secretario General,

*Jorge Humberto Mantilla Serrano.*

**CONTENIDO**

Gaceta número 10 - miércoles 31 de enero de 2018

**CÁMARA DE REPRESENTANTES**

**PROYECTOS DE LEY**

**Págs.**

Proyecto de ley número 199 de 2017 Cámara, por medio del cual se introducen algunas disposiciones en materia de contratación estatal.....	1
Proyecto de ley número 200 de 2017 Cámara, por medio de la cual se crea el artículo 32A de la Ley 105 de 1993, se regulan las cláusulas de eficiencia en el recaudo del peaje en los contratos de concesión vial y se dictan otras disposiciones.....	7
Proyecto de ley número 203 de 2017 Cámara, por medio del cual se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones y se dictan disposiciones en relación al número de semanas y la edad necesarias para acceder a la pensión de invalidez y de sobreviviente.....	12
Proyecto de ley número 204 de 2017, por medio del cual se le otorga doble instancia al procedimiento administrativo de restablecimiento de derechos, en un término para resolver la apelación máximo de dos meses.....	20