



GACETA DEL CONGRESO

SENADO Y CAMARA

(Artículo 36, Ley 5a. de 1992)

IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA
www.imprenta.gov.co

ISSN 0123 - 9066

AÑO XIV - Nº 363

Bogotá, D. C., lunes 13 de junio de 2005

EDICION DE 12 PAGINAS

DIRECTORES:

EMILIO RAMON OTERO DAJUD

SECRETARIO GENERAL DEL SENADO

www.secretariassenado.gov.co

ANGELINO LIZCANO RIVERA

SECRETARIO GENERAL DE LA CAMARA

www.camara.gov.co

RAMA LEGISLATIVA DEL PODER PUBLICO

SENADO DE LA REPUBLICA

PONENCIAS

PONENCIA PARA PRIMER DEBATE AL PROYECTO DE LEY NUMERO 044 DE 2003 CAMARA, 200 DE 2005 SENADO

por la cual se regula el derecho de negociación colectiva de los sindicatos de empleados públicos, en desarrollo del artículo 55 de la Constitución Política y de los Convenios de OIT números 151 de 1978 y 154 de 1981, aprobados respectivamente por las Leyes 411 de 1997 y 524 de 1999.

Bogotá, D. C., 10 de junio de 2005

Senadora

FLOR GNECCO

Presidenta de la Comisión Séptima

Senado de la República

Presente.

Señora Presidente:

De conformidad a lo dispuesto en los artículos 156, 157 y 158 de la Ley 5ª de 1992, me permito rendir informe de ponencia para primer debate, ante la Comisión Séptima Constitucional del Senado de la República al Proyecto de ley número 044 de 2003 Cámara, 200 de 2005 Senado, *por la cual se regula el derecho de negociación colectiva de los sindicatos de empleados públicos, en desarrollo del artículo 55 de la Constitución Política y de los Convenios de OIT números 151 de 1978 y 154 de 1981, aprobados respectivamente por las Leyes 411 de 1997 y 524 de 1999*, cuyo autor es el honorable Representante Wilson Alfonso Borja Díaz, la cual hago en la forma y términos que a continuación les expreso:

I. Objetivo del proyecto

El objetivo del proyecto va dirigido a regular el derecho de negociación colectiva de los empleados públicos en aspectos laborales y de prestaciones sociales, de acuerdo a las disposiciones contempladas en los Convenios de la OIT número 151 de 1978 y 154 de 1981, aprobados respectivamente por las Leyes 411 de 1997 y 524 de 1999, en desarrollo del artículo 55 de la C. P.

La regulación que se pretende establecer estaría encaminada a los empleados de la administración pública, excluyéndose expresamente a los trabajadores oficiales, ya que estos se encuentran regulados, para ejercer este derecho, en la parte colectiva del Código Sustantivo del Trabajo.

Dentro de la categorización de empleados públicos que hacen parte de la administración nacional y territorial, se excluyen aquellos funcionarios públicos que ocupan cargos de dirección, confianza y manejo dentro de las entidades estatales de cualquier orden, así como quienes son designados por elección popular, los de período fijo, y en ultimas a los miembros de las Fuerzas Armadas y de Policía Nacional, a excepción del personal civil de estas instituciones.

Es particularmente importante establecer una serie de definiciones remitidas del proyecto aprobado en la Cámara, tales como: El concepto de empleado público; organización de empleados públicos; los aspectos que se considerarían como condiciones de empleo y, por último, en que consiste la negociación colectiva; lo anterior con el fin de precisar los sujetos activos que actuarían en el proceso de negociación, por parte de los empleados del sector público y los representantes de los empleadores oficiales, a efectos de establecer de manera concertada las condiciones salariales y prestacionales del sector público.

Cabe anteponer, que algunos criterios de redacción y contenidos de la presente iniciativa, se basaron en un proyecto de decreto reglamentario que se había adoptado por la Subcomisión de Concertación del Sector Público del Ministerio de Trabajo, integrada por representantes de los Ministerios de Hacienda y de trabajo y de los Departamentos Administrativos de Planeación Nacional y de la Función Pública, con participación de las Federaciones Sindicales de Empleados Públicos Fenaltrase, Utradec y Futec, con la Secretaría Técnica de un colaborador de la OIT.

Consecutivamente a lo anterior, la iniciativa que contempla este proyecto sobre la negociación colectiva de empleados públicos, ya había sido presentada anteriormente en la honorable Cámara de Representantes, radicada como Proyecto de ley número 042 de 2002

Cámara, que fue retirado con el propósito de ajustarlo conforme a las observaciones formuladas en junio 10 de 2003, por el señor Ministro (E.) de la Protección Social.

II. Descripción del proyecto

El proyecto consta de nueve (9) artículos que desarrollan los mecanismos mediante los cuales se impulsa el proceso de negociación colectiva de los sindicatos de empleados públicos, señalando que el procedimiento establecido para el efecto, no se hace extensivo a los trabajadores oficiales regulados por el Código Sustantivo Laboral.

El articulado se esboza de la siguiente manera:

Los artículos 1°, 2° y 3°, consecutivamente, señalan el objetivo del proyecto, su campo de aplicación y algunas definiciones sobre: Qué es empleado público para efectos de la aplicación de esta ley, organización de empleados públicos, condiciones de empleo y negociación colectiva.

El artículo 4° denominado “De la negociación para determinar las condiciones de empleo”, se desglosa en 12 numerales, estableciendo, en su orden, partiendo de los numerales 1 al 4, los criterios o pautas que se deben tener en cuenta a la hora de desarrollar la negociación colectiva como es el ámbito de aplicación dentro del territorio, la forma de negociación, quienes representan a las partes en la negociación, empleados aforados, finalizando con el principio de buena fe en el desarrollo de la negociación colectiva.

Consecuencialmente de los numerales 5 al 12, plantea los pasos o etapas del proceso de negociación, la forma en que se presentan las peticiones y los plazos establecidos para cada uno de los procedimientos establecidos, redacción y registro de las actas de iniciación y de acuerdo, finalizando con la posible vinculación al proceso de un conciliador o mediador en caso de que las partes no logren ponerse de acuerdo sobre el contenido de las solicitudes presentadas, o en su defecto convocar a un tribunal de arbitramento, para la decisión del conflicto.

El artículo 5°, plantea el manejo de la negociación mixta cuando intervienen sindicatos de empleados públicos y trabajadores oficiales, aplicándose las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo para los últimos y las disposiciones contenidas en esta ley para los empleados públicos.

El artículo 6°, establece el amparo de fuero sindical, a los negociadores sindicales, durante el proceso de negociación colectiva, con el respectivo permiso laboral, remunerado.

Los artículos 7° y 8°, sucesivamente plantean la posibilidad de la consulta y para efectos de interpretación en caso de duda, acceder a los convenios de la OIT o a los artículos 25, 39, 53 y 55 de la Constitución Política.

El artículo 9°, deroga expresamente el numeral 4 del artículo 414 del Código Sustantivo del Trabajo que solo permitía a los empleados públicos la presentación de memoriales a través de solicitudes respetuosas para ejercer su derecho de sindicación; adicional a lo anterior y de manera específica, se elimina de los artículos 415 y 416 del mismo Código la prohibición de presentar pliegos de peticiones a los empleados públicos.

III. Análisis del proyecto

Consideraciones constitucionales, legales y jurisprudenciales

• Tratados internacionales:

En el preámbulo del Convenio de la OIT número 151, adoptado en la 64 reunión de la conferencia general desarrollada en Ginebra, Suiza, en 1978, se hizo alusión a la necesidad de establecer

mecanismos de concertación para la protección de los empleados públicos, similar a la establecida para los empleados del sector privado. Ahora bien, se es sabido que en algunos países, consagrar una regulación que permita establecer mecanismos de concertación para el ejercicio de los derechos de asociación, negociación y huelga, se ve de manera inconveniente debido a que podría en cierta medida amenazar el normal desarrollo de la administración pública; las recomendaciones planteadas y reguladas en los convenios internacionales de la OIT, dan cierto grado de discrecionalidad a los hacedores del derecho interno, para que desde su óptica, hagan extensivas la realización de los mencionados derechos a los empleados públicos, con la prudencia que se requiera para el normal funcionamiento en la administración del Estado.

Al respecto la OIT, en las consideraciones del Convenio 151, expresa lo siguiente:

“Teniendo en cuenta los problemas particulares que plantea la delimitación del campo de aplicación de un instrumento internacional y la adopción de definiciones a los fines del instrumento en razón de las existencias diferentes en muchos países entre el empleo público y el empleo privado, así como las dificultades de interpretación que se han planteado a propósito de la aplicación a los funcionarios públicos de las disposiciones pertinentes del convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949, y las observaciones por las cuales los órganos de control de la OIT han señalado en diversas ocasiones que ciertos gobiernos han aplicado dichas disposiciones en forma tal que grupos numerosos de empleados públicos han quedado excluidos del campo de aplicación del convenio”.

CONVIENE:

Artículo 1° numeral 1 - “El presente convenio deberá aplicarse a todas las personas empleadas por la administración pública, en la medida en que no le sean aplicables disposiciones más favorables de otros convenios internacionales de trabajo”; y...

Artículo 4° “Los empleados públicos gozarán de la protección adecuada contra todo acto de discriminación antisindical en relación con su empleo”.

Complementando lo expresado anteriormente, el Convenio de la OIT número 154, en su artículo 5° hace notar de manera imperiosa la necesidad de desarrollar medidas adecuadas a las condiciones nacionales para fomentar la negociación colectiva, de acuerdo al campo de aplicación comprendido en el artículo 1° - numeral 3, que define:

“En lo que se refiere a la administración pública, la legislación o las prácticas nacionales podrán fijar modalidades particulares en la aplicación de este convenio”.

• Fundamentos constitucionales:

Le prestan respaldo al presente proyecto de ley, entre otras, las siguientes disposiciones constitucionales:

El preámbulo: Asume como uno de los fines de la Carta Constitucional, asegurar a los integrantes de la Nación, el trabajo dentro de un marco jurídico democrático y participativo, que garantice un orden político, económico y social justo.

Artículo 1°. Consagra el trabajo como uno de los fundamentos del Estado Social de Derecho.

Artículo 2°. Establece como fines esenciales del Estado, garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, y asegurar la vigencia de un orden social justo. Además, prescribe como misión de las autoridades de la República, proteger los derechos y libertades a todas las personas residentes en

Colombia, y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

Artículo 5°. Prescribe que el Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona.

Artículo 13. Consagra el derecho a la igualdad y proscribe cualquier tipo de discriminación a las personas, en cuanto a la protección y trato de las autoridades y el goce de los derechos, libertades y oportunidades. En ese sentido, establece que el Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva.

Artículo 25. Reconoce el trabajo como un derecho y una obligación social que goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Establece que toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.

Artículo 53. Consagra, entre otros, como principios mínimos fundamentales de la legislación laboral, la igualdad de oportunidades para los trabajadores; la remuneración mínima, vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; y el derecho al descanso necesario. Además, establece que los tratados internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna, y que la ley, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana, ni los derechos de los trabajadores.

Artículo 55. Consagra expresamente el “derecho de negociación colectiva para regular las relaciones laborales”, derecho este, que por disposición legal, se encuentra consagrado en el Código Sustantivo del Trabajo, en su parte colectiva, aplicado a trabajadores oficiales y del sector privado, excluyéndose a los empleados del sector público.

Artículo 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

La Asamblea Nacional Constituyente expresamente dejó consignado, en la exposición de motivos adoptada para el artículo 55 de la Constitución Política del 91, que: “La negociación colectiva es un derecho y una práctica que consideramos debe hacerse extensiva a todos los trabajadores, incluyendo a los demás empleados públicos, por cuanto es muy negativo que a estos trabajadores se les siga dando tratamiento de ciudadanos de segunda categoría en relación con algunos derechos laborales”.

En cuanto a la presentación de memoriales respetuosos que contengan solicitudes que interesen a los afiliados a los sindicatos de empleados públicos (artículo 414 - numeral 4), sus solicitudes no han sido tenidas en cuenta a la hora de definir las condiciones laborales y de prestaciones sociales de los empleados públicos, restringiendo totalmente su derecho a intervenir en las políticas que los rigen, imponiéndose las condiciones establecidas por el ejecutivo, en cabeza del presidente y sus ministros, supremas autoridades administrativas, replicándose esto a nivel nacional.

Lo que el proyecto busca es desarrollar una regulación que permita establecer un procedimiento de concertación, entre los empleados públicos y la administración pública, ajustándose a las disposiciones y recomendaciones de la OIT en materia sindical, que han sido ratificadas por Colombia en las Leyes 411 de 1997 y 524 de 1999 y que de acuerdo a los artículos 53, 55 y 93 que hacen ya parte de la legislación interna, conformando el bloque de

constitucionalidad que procede y ampara el derecho de sindicación, negociación colectiva y asociación de los empleados públicos, siendo de obligatorio cumplimiento y conforme a lo que consagra el principio de derecho internacional “PACTA SUNT SERVANDA” (los tratados internacionales, firmados y ratificados por los países miembros se deben cumplir de buena fe y son de obligatorio cumplimiento dentro de los Estados aceptantes)...

• **Jurisprudencia constitucional:**

Ejerciendo el control constitucional, mediante Sentencia C-377 de julio 27 de 1998, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de la Ley 411 de 1997, y posteriormente mediante la Sentencia C-161 del 23 de febrero de 2000, declaró la exequibilidad de la Ley 524 de 1999.

La honorable Corte Constitucional, al referirse al tema de la negociación colectiva de empleados públicos, ha expresado: “La Corte debe advertir que, estando garantizado constitucionalmente el derecho de negociación colectiva para todas las relaciones laborales, incluidas las de los empleados públicos y existiendo una amplia facultad de configuración normativa en esta materia por parte del legislador...”, (...) “por lo tanto, lo más adecuado es estructurar los mecanismos que la hagan efectiva”.

Asimismo, ratificando lo anterior, el máximo Tribunal de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, el honorable Consejo de Estado en el Expediente CE-SC-RAD2002-N1472 al referirse al aspecto específico de la negociación colectiva de empleados públicos plantea lo siguiente:

(...)

“Las relaciones de trabajo en la administración pública, **requieren un desarrollo legislativo para hacerlos efectivos**, y de esta forma se determinen las competencias y los procedimientos para adelantar una negociación colectiva con sindicatos de empleados públicos y tener unos mecanismos de solución de conflictos colectivos con esta clase de organizaciones”.

(...)

“Como se advierte, el artículo 55 de la Carta reconoce el derecho de negociación colectiva, pero con las excepciones que fije la ley, una de las cuales se encuentra en el artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo que dispone que los sindicatos de empleados públicos no pueden presentar pliegos de peticiones ni celebrar convenciones colectivas, el cual fue declarado exequible por la Corte Constitucional en la Sentencia C-110 del 10 de marzo de 1994, precisamente con base en la posibilidad que establece esa norma constitucional de establecer excepciones”.

(...)

“Sin embargo, la Constitución reconoce a todas las personas el derecho a participar en las decisiones que puedan afectarlas (CP artículo 2°). Además, en materia de conflictos de trabajo, la Carta establece que es deber del Estado promover la concertación y otros medios de similar naturaleza para la solución pacífica de esas controversias (CP artículo 55). Nótese que esta última norma no distingue, lo cual significa que el deber del Estado de fomentar una solución concertada se predica de todos los conflictos laborales. **Conforme a lo anterior, los empleados públicos tienen derecho a participar, en alguna forma, en la definición de sus condiciones de trabajo, puesto que se trata de determinaciones que indudablemente los afectan.** Igualmente, en desarrollo del mandato del artículo 55 superior, es deber del Estado promover la concertación también en caso de que ocurra un conflicto colectivo en relación con los empleados públicos pues, como se dijo, la Carta consagra una obligación estatal general”.

Como lo señala el Consejo de Estado, el derecho a la negociación colectiva debe considerarse en concordancia con los artículos 2°, 53, 55 y 93 de la Constitución Política, dado que es un mecanismo de participación de los empleados públicos en el delineamiento de las condiciones laborales y prestacionales de estos, para decidir conjuntamente con el Estado-Empleador, la búsqueda de concertación en políticas laborales más justas para el desarrollo de la potencialidad humana en lo laboral a fin de la consecución de una vida más digna dentro del Estado Social de Derecho que nos rige.

• **Desarrollo legal:**

El Congreso de la República mediante la Ley 411 del 5 de noviembre de 1997, publicada en el *Diario Oficial* número 43.168 del 7 de noviembre de 1997, ratificó el Convenio de la OIT número 151 de 1978 denominado “convenio sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública”.

Posteriormente se expide la Ley 524 de 1999, publicada en el diario oficial número 43.670 del 18 de agosto de 1999, mediante la cual el congreso de la República ratifica el Convenio de OIT número 154 de 1981 denominado “sobre el fomento de la negociación colectiva”.

La ratificación formal de los Convenios de OIT 151 y 154 fue efectuada por Colombia, registrada y depositada ante la OIT el 8 de diciembre de 2000.

En conclusión, lo que se pretende a través de esta iniciativa, no es equiparar la fuerza vinculante que tienen las convenciones colectivas, producto de la voluntad de las partes que intervienen en su realización, sino abrir la posibilidad de concertación entre los representantes de los sindicatos de empleados públicos con los representantes de los empleadores para mejorar las condiciones laborales y de prestaciones sociales.

El ponente considera, que el texto debatido y aprobado en la Cámara de Representantes, se ajusta a una necesidad social y jurídica, cual es, la de amparar el derecho de negociación colectiva de los empleados del sector público, resolviendo una situación de desigualdad presente entre el sector público y el privado, por lo cual se mantiene el articulado aprobado sin ninguna modificación.

Proposición

Por lo expuesto anteriormente, el suscrito ponente recomienda darle primer debate al Proyecto de ley número 044 de 2003 Cámara, 200 de 2005 Senado, *por la cual se regula el derecho de negociación colectiva de los sindicatos de empleados públicos, en desarrollo del artículo 55 de la Constitución Política y de los Convenios de OIT número 151 de 1978 y 154 de 1981, aprobados respectivamente por las Leyes 411 de 1997 y 524 de 1999*, de acuerdo al texto final incorporado.

De los apreciados colegas,

Atentamente,

Luis Carlos Avellaneda Tarazona,
Senador Ponente.

COMISION SEPTIMA CONSTITUCIONAL
PERMANENTE

DEL HONORABLE SENADO DE LA REPUBLICA

Bogotá, D. C., a los diez (10) días del mes de junio del año dos mil cinco (2005). En la presente fecha se autoriza la publicación en la *Gaceta del Congreso* de la República.

La Presidenta,

Flor Modesta Gnecco Arregoces.

El Secretario,

Germán Arroyo Mora.

**TEXTO PROPUESTO PARA PRIMER DEBATE
AL PROYECTO DE LEY NUMERO 044 DE 2003
CAMARA, 200 DE 2005 SENADO**

por la cual se regula el derecho de negociación colectiva de los sindicatos de empleados públicos, en desarrollo del artículo 55 de la Constitución Política y de los Convenios de OIT número 151 de 1978 y 154 de 1981, aprobados respectivamente por las Leyes 411 de 1997 y 524 de 1999.

El Congreso de la República de Colombia

DECRETA:

Artículo 1°. *Objeto.* Esta ley, en desarrollo del artículo 55 de la Constitución política y de los Convenios de la OIT números 151 de 1978 y 154 de 1981, aprobados respectivamente por las Leyes 411 de 1997 y 524 de 1999, regula el derecho de negociación colectiva de los sindicatos de empleados públicos.

Artículo 2°. *Campo de aplicación.* La presente ley se aplicará a todos los empleados Públicos del Estado, de la Administración Pública, las Ramas Judicial, Legislativa y ejecutiva, en todos sus organismos y entidades que la integran o que forman parte de ella, los Organismos de Control, la organización electoral y los órganos autónomos e independientes, tanto del orden nacional como territorial. No se aplicará a los funcionarios que desempeñen empleos de alto nivel jerárquico o directivo que por sus funciones poseen poder o representación, autoridad civil o política o ejercen cargos de dirección o de naturaleza altamente confidencial.

Tampoco se aplicará a los trabajadores oficiales, a los servidores públicos de elección popular o por el Congreso o Corporaciones Territoriales, ni a los miembros uniformados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

Artículo 3°. *Definiciones.* Para la aplicación de la presente ley se tendrá en cuenta las siguientes definiciones:

1. **Empleado público.** Designa a toda persona a quien se le aplica esta ley.

2. **Organización de empleados públicos.** Designa a toda Organización Sindical titular del Derecho de Negociación Colectiva, cualquiera que sea su grado; Confederación, Federación o sindicato de primer grado y que tenga por objeto la defensa de los intereses de los empleados públicos a quienes se aplica esta ley.

3. **Condiciones de empleo.** Designa todos los aspectos de la relación laboral de los empleados públicos.

4. **Negociación colectiva.** Es el instrumento procedimiento, mecanismo o medio, cuyo resultado dada la naturaleza del vínculo laboral legal y reglamentario de los empleados públicos es la especie del Acuerdo Colectivo, instrumentable por la autoridad según la distribución constitucional de competencias.

Comprende todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador estatal, un grupo de empleadores estatales o una organización o varias organizaciones de empleados públicos por la otra, con el fin de fijar las condiciones de empleo, regular las relaciones entre empleadores y empleados y las relaciones entre empleadores y organizaciones de empleados públicos.

Artículo 4°. *De la negociación para determinar las condiciones de empleo* para la negociación colectiva del Estado con las organizaciones sindicales de empleados públicos, se tendrá en cuenta y se procederá así:

1. **Ambito de la negociación**

La Negociación Colectiva puede desarrollarse, a nivel general o nacional sobre aspectos comunes a todos los empleados públicos;

sectorial o de rama; territorial ; y por organismo o entidad, que comprende aspectos específicos del sector, territorio u organismo.

2. Forma de la negociación

La negociación colectiva de los empleados públicos, podrá efectuarse de manera singular o conjunta por varias Organizaciones sindicales representativas de los empleados públicos.

3. Representación del Estado y las Organizaciones sindicales de empleados públicos

Las Comisiones Negociadoras por parte del estado y de las organizaciones sindicales, estarán integradas de acuerdo al ámbito de la Negociación, bajo el principio de representatividad, designadas autónomamente y conformadas por un número igual de negociadores y asesores por cada parte.

4. Principios de buena fe

Las partes están obligadas a negociar de buena fe y en consecuencia deberán:

- a) Designar los negociadores, los que se presumen investidos de poder y representatividad suficiente para Negociar y suscribir el Acuerdo Colectivo;
- b) Concurrir a las negociaciones;
- c) Realizar reuniones necesarias, en los lugares y con la frecuencia y periodicidad convenidas, y
- d) El intercambio de la información necesaria para poder adelantar fundadamente el proceso de negociación.

5. Iniciación de la negociación

La negociación colectiva se origina en el escrito o escritos de reivindicaciones presentados por la organización u organizaciones sindicales que asocien empleados públicos. El Estado designará su Comisión Negociadora, lo comunicará a la organización sindical e iniciará la negociación, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la presentación del escrito de reivindicaciones.

El funcionario competente que se niegue, dilate o eluda el inicio de la negociación, incurrirá en responsabilidad penal y disciplinaria.

6. Oportunidad para la negociación

Cuando el escrito de reivindicaciones contenga, entre otros, aspectos salariales, prestacionales o de incidencia económica y por tanto presupuestal, su presentación deberá hacerse dentro de los cuatro (4) meses anteriores a la oportunidad legal para la presentación del respectivo proyecto de presupuesto.

7. Duración de la negociación

Instalada la negociación, esta se desarrollará durante un período inicial de veinte (20) días hábiles, prorrogables de acuerdo entre las partes hasta por veinte (20) días hábiles más.

8. Actas

Deberá suscribirse a lo menos, acta de iniciación en la que conste: Los nombres de las respectivas comisiones negociadoras, fecha de iniciación de la negociación, sitio, días y horas de sesiones; actas en las que consten los acuerdos parciales; actas en las que consignent las fórmulas de los mediadores y/o conciliador (es) y acta de finalización y acta en la que se consigne el acuerdo final, o los puntos parciales de acuerdo y desacuerdo.

9. Mediador / Conciliador

Durante el proceso de negociación colectiva las partes de común acuerdo podrán designar una o varias personas que cumplan funciones de mediación o de conciliación en la búsqueda del acuerdo.

10. Acta de acuerdo

Cuando la negociación concluya con acuerdo las partes suscribirán un acta que contendrá lo siguiente:

- a) Lugar y fecha de celebración;
- b) Las partes y sus representantes;
- c) Los acuerdos;
- d) El ámbito de su aplicación;
- e) El valor de la cuota por beneficio derivado del acuerdo, para los empleados no sindicalizados; equivalente a la de los empleados sindicalizados;
- f) El ámbito de su aplicación;
- g) El término de su vigencia;
- h) La forma para su cumplimiento y observancia mientras se produce su instrumentación;
- i) La forma y medios para su instrumentación, y
- j) La integración y funcionamiento del Comité de cumplimiento y de instrumentación del acuerdo.

Todo Acuerdo colectivo se rige por el principio de continuidad y por tanto solo podrá ser modificado mediante otro acuerdo colectivo.

11. Instrumentación para el cumplimiento del acuerdo

El acta de acuerdo colectivo será depositada en el Ministerio de la Protección Social, dentro de los quince (15) días siguientes a su celebración.

La administración quedará comprometida y obligada en su cumplimiento y observancia, sin perjuicio y dependiendo de su Instrumentación conforme a las competencias constitucionales.

Para la instrumentación del acuerdo la respectiva autoridad competente, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes, expedirá los decretos, directivas, circulares y actos administrativos pertinentes. Para lo que sea de competencia del congreso, asamblea o concejo, presentará diligentemente los proyectos de ley, de ordenanza o de acuerdo. En general, realizará las gestiones necesarias destinadas para su cumplimiento integral, según el contenido y los términos de lo acordado y el principio de la buena fe, sin perjuicio de la acción de cumplimiento.

12. Desacuerdo y arbitramiento

Cuando no hubiere acuerdo total, sin perjuicio del cumplimiento de lo parcialmente acordado y del derecho de huelga según sea procedente conforme a la Constitución y a la ley, las partes para la solución del conflicto colectivo de trabajo, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la terminación de la negociación, designarán de consenso, previa consulta de su aceptación, un (1) árbitro o sendos árbitros, quienes se posesionarán dentro de los dos (2) días hábiles siguientes y procederán, previa consulta de su aceptación. Al nombramiento de un (1) árbitro tercero, dentro de los dos (2) días hábiles siguientes.

El árbitro o árbitros previa audiencia de las partes y de expertos, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes, proferirán el laudo arbitral, cuyo cumplimiento por estas será obligatorio como acuerdo colectivo para su instrumentación, sin perjuicio y de acuerdo a las competencias constitucionales.

Parágrafo. En caso de que las partes no se pusieren de acuerdo con el nombre del árbitro, o los árbitros designados por estas no convinieren el árbitro tercero, la designación se hará el día hábil siguiente, mediante el sorteo de los nombres postulados, previa consulta de su aceptación, hasta en número de tres (3) por cada una de las partes.

Artículo 5°. *Negociación mixta*. Cuando la negociación colectiva sea promovida por una organización sindical de carácter mixto, por agrupar empleados públicos y trabajadores oficiales, esta se adelantará coordinadamente, de acuerdo al procedimiento legal previsto en el Código Sustantivo de Trabajo para los trabajadores oficiales y de acuerdo a esta ley para los empleados públicos.

Artículo 6°. *Garantías durante la negociación colectiva*. Los negociadores sindicales, desde el inicio de la negociación y hasta la solución del conflicto, gozarán de permiso sindical remunerado y de fuero sindical.

Los empleados públicos afiliados a sindicato o sindicatos que sean parte de una negociación colectiva, están protegidos por la garantía del fuero sindical circunstancial, durante el proceso de negociación y hasta la solución definitiva del mismo.

Artículo 7°. *De la consulta*. Las regulaciones de carácter general, que comporten incidencia sobre las condiciones de empleo, deberán ser materia de consulta previa con las organizaciones sindicales de empleados públicos representativas.

Artículo 8°. *Interpretación*. La interpretación de la presente ley deberá hacerse prevalentemente con base en los artículos 25, 39, 53 y 55 de la Constitución Política y en los Convenios de OIT 151 de 1978 y 154 de 1981, La Constitución de la OIT y los pronunciamientos de su comité de libertad sindical y comisión de expertos.

Artículo 9°. *Vigencia y derogatorias*. La presente ley rige a partir de su publicación y deroga en lo pertinente las disposiciones que le sean contrarias y singularmente del Código Sustantivo de Trabajo: El numeral 4 del artículo 414, los artículos 415 y 416 la expresión: “Los sindicatos de empleados públicos no pueden presentar pliegos de peticiones”.

Luis Carlos Avellaneda Tarazona,
Senador de la República.

COMISION SEPTIMA CONSTITUCIONAL PERMANENTE
DEL HONORABLE SENADO DE LA REPUBLICA

Bogotá, D. C., a los diez (10) días del mes de junio del año dos mil cinco (2005). En la presente fecha se autoriza la publicación en la *Gaceta del Congreso* de la República.

La Presidenta,

Flor Modesta Gnecco Arregoces.

El Secretario,

Germán Arroyo Mora.

* * *

**PONENCIA PARA SEGUNDO DEBATE AL PROYECTO
DE LEY NUMERO 26 DE 2004 SENADO**

por la cual se modifica el artículo 306 del Código Penal,
acumulado con el Proyecto de ley número 30 del 2004

Senado, por la cual se modifica el Título VIII del Código Penal.

Honorable Senador

LUIS HUMBERTO GOMEZ GALLO

Presidente Senado de la República

Ciudad

En cumplimiento del honroso encargo, nos proponemos a rendir informe de ponencia para segundo debate al Proyecto de ley número 26 de 2004 Senado acumulado con el Proyecto de ley número 30 de 2004 Senado.

**Justificación para la modificación del artículo 257
del Código Penal**

Si bien se han acumulado los Proyectos de ley número 26 y número 30 por ser ambas modificaciones al Código Penal relativas

a la piratería intelectual, en la presente ponencia, proponemos una modificación adicional al artículo 257 del mismo código, el cual hace referencia a la problemática de la piratería industrial en las telecomunicaciones, viéndose vulnerado un sector importante de la economía, por medio del fraude en las telecomunicaciones de larga distancia entrante por reoriginación de llamadas (Bypass).

Es preciso hacer énfasis en distintos tipos de fraude, y por esta razón nos vimos en la imperiosa obligación de no dejar a un lado la piratería en este tipo de delito, ya que se está siendo vulnerado por la falta de claridad en la redacción del artículo, debido a que se declaró la inexequibilidad parcial del artículo 257 del Código Penal vigente, por medio del cual se castigaban diversas conductas atentatorias contra el patrimonio económico del Estado y de empresas pertenecientes a este o en las cuales él tiene parte, atinentes al acceso y prestación ilegales de los servicios de telecomunicaciones.

Principio conceptual del Bypass

Se fundamenta en prestar el servicio de Larga Distancia Internacional Entrante (en adelante LDIE), sin poseer título habilitante para hacerlo. Consiste en recibir las llamadas telefónicas de LDIE originadas por un operador en el exterior, procesarlas en Colombia y entregarlas al usuario destino generando una nueva llamada local dentro de Colombia, mediante engaño al operador local colombiano al simular dicha llamada como local.

Igualmente, la empresa o persona que realiza el proceso de reoriginación, a raíz de su clandestinidad, no paga las contribuciones del 5% de los ingresos por Larga Distancia al Ministerio de Comunicaciones ni los tributos nacionales ni locales propios de cualquier actividad comercial. Es entonces un tipo de fraude que no solo afecta los intereses de los operadores de larga distancia debidamente establecidos y regulados, sino que mantienen bajas sus tarifas a costa de menores tributos, contribuciones y cargos de acceso, fondos con los cuales los operadores locales y el Estado, financian la prestación de servicio a comunidades menos favorecidas y permiten la expansión de sus redes a localidades marginadas.

Acción de los operadores legales

Frente a la oferta de los operadores clandestinos, los operadores legalmente establecidos en Colombia que son empresas con capital estatal como son Telecom, ETB y Orbitel, se encuentran en una franca y totalmente ineludible desventaja, debido a los siguientes factores:

- Pagaron una licencia de 150 millones de dólares (ETB y Orbitel), o acarrean responsabilidades pensionales comparables (Telecom), las cuales deben ser amortizadas en cada minuto de su operación. Este factor nunca lo han tenido los clandestinos.

- Dicha licencia, elemento de legitimidad del servicio que prestan de manera teóricamente exclusiva, trae responsabilidades representadas en contribuciones del 5% de los ingresos de LDI, y la implementación y operación de numerosos centros de telefonía social en sitios rurales y alejados, que no son rentables; por lo tanto ambas obligaciones constituyen costos directos a su operación que los operadores clandestinos no acarrean.

- Bajo la regulación existente en Colombia, cada operador de Larga Distancia debe pagar un cargo de acceso a la red del operador local, que hasta el año 2004 estuvo sobre los \$50 por minuto transportado hasta el usuario llamado. Los operadores clandestinos reducen su costo de llegada al usuario final, reoriginando la llamada localmente y pagando impulsación local al operador de la respectiva Ciudad, siendo este costo siempre menor al cargo de acceso.

- Por su naturaleza clandestina, generalmente los reoriginadores no declaran sus operaciones, por lo tanto divisas no son visibles en la balanza de pagos del país, y sobre todo no pagan su impuesto de renta ni cumplen con obligaciones y contribuciones de orden regional o local. Existen algunas pocas excepciones en los que algunas empresas sí declaran parte de sus ingresos de reoriginación, bajo el manto de la prestación de otros servicios; típicamente, la contribución hecha por dichos servicios es menor que la que el Estado hubiera obtenido si los pagara un operador legalmente establecido.
- El nivel de servicio ofrecido por un operador habilitado es altamente exigido tanto por los operadores internacionales como por la Superintendencia de Servicios Públicos, a través de sus mecanismos de vigilancia y atención a los usuarios. Esto obliga a los operadores legales a configurar servicios con estándares internacionales de calidad (conocidos como “carrier class”), con más alto nivel de costos de operación e inversión superior en equipos. Igualmente exige la contratación de personal especializado y suficiente para mantener sus operaciones todos los días del año. Este elemento jamás es tenido en cuenta ni vigilado en los operadores clandestinos.

De lo anterior puede concluirse que por más eficiente que logre ser la gestión de un operador legal en Colombia, nunca podrá alcanzar los niveles de costo de un operador clandestino.

Los operadores colombianos han llegado a ofrecer servicios a los inmigrantes en USA y España totalmente transparentes y han llevado el mismo nivel de servicio y transparencia que tienen en Colombia a la comunidad residente en el exterior.

Esta población es mayoritariamente clase trabajadora y con bajo nivel de escolaridad, que sumado a su status de ilegalidad hace que no puedan hacer valer sus derechos ante las autoridades, quedando a merced de los abusos de operadores de tarjetas prepagadas.

Hacia el país esto tiene un efecto indirecto, y es el que en la medida que estas personas son estafadas al cobrarles más dinero del anunciado por el servicio, están teniendo menos dinero para enviar a sus familias en Colombia.

El servicio de Larga Distancia Internacional Entrante que puede generar divisas del superiores a los USD \$200.000.000 al año para Colombia, está siendo socavado profundamente por los operadores clandestinos en Colombia, quienes desvían recursos y obtienen para el país menor valor del que debería recibir por el servicio, y a la vez es en el otro país origen de las llamadas, es vulnerado por empresas que descaradamente aprovechan la situación de los inmigrantes que pagan más de lo que deben por un servicio de inferior calidad, reduciendo así el dinero que podría llegar por remesas familiares al país.

Modificación puntual
Proyecto de ley

- En el artículo 1° del Proyecto de ley número 26, acumulado con el número 30 de 2004, el artículo 257 del Código Penal quedará así:
“Del acceso, uso o prestación ilegales de los servicios de telecomunicaciones. El que acceda o use servicio de telefonía móvil, mediante copia o reproducción no autorizada de señales de identificación de equipos terminales de estos servicios, o sus derivaciones, incurrirá en prisión de cuatro (4) a diez (10) años y multa de quinientos (500) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
En la misma pena incurrirá el que acceda, use o preste el servicio de telefonía pública básica conmutada local, local extendida, o de larga distancia

larga distancia nacional o internacional, sin la correspondiente autorización.

Igual sanción se impondrá a quien sin la correspondiente autorización, acceda, preste o use red u otro servicio de telecomunicaciones debidamente regulados”.

En la ponencia para primer debate el artículo 257 del Código Penal se aprobó de esta manera: “Del acceso, uso o prestación ilegales de los servicios de telecomunicaciones. El que acceda o use servicio de telefonía móvil **con fines comerciales**, mediante copia o reproducción no autorizada de señales de identificación de equipos terminales de estos servicios, o sus derivaciones, incurrirá en prisión de cuatro (4) a diez (10) años y multa de quinientos (500) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En la misma pena incurrirá el que acceda, use o preste el servicio de telefonía pública básica conmutada local, local extendida, o de larga distancia nacional o internacional **con fines comerciales**, sin la correspondiente autorización.

Igual sanción se impondrá a quien sin la correspondiente autorización, acceda, preste o use red u otro servicio de telecomunicaciones debidamente regulados”.

Por último, teniendo en cuenta que lo que se busca mediante este proyecto es aumentar las penas de este artículo, sería incongruente mantener este delito como un delito querellable, ya que la querella está establecida solo para delitos de menor cuantía. Y tampoco procede para los delitos en los cuales se afecten intereses del Estado, como sucede en el presente caso.

Sugerencias para mejorar la redacción

- La norma propuesta en la ponencia incluye un elemento condicional, como es el fin comercial. Se propone eliminar esta frase del primer inciso teniendo en cuenta que la Corte ya lo revisó y en este no se incluía esta frase. Igualmente, respecto a la TMC este elemento carece de relevancia y no se lograría el fin de limitar la cobertura del artículo. Para cumplir con este último objetivo, se propone incluir la frase “ánimo de lucro” que ya fue revisada por la Corte y frente a la cual no se realizó ninguna observación.

1. Textos sugeridos

- **Para el artículo 257 del CP:**

Artículo 1°. (Artículo modificado). El artículo 257 del Código Penal quedará así:

Proyecto Gaceta 523	Propuesta
“ <i>Del acceso, uso o prestación ilegales de los servicios de telecomunicaciones.</i> El que acceda o use servicio de telefonía móvil con fines comerciales, mediante copia o reproducción no autorizada de señales de identificación de equipos terminales de estos servicios, o sus derivaciones, <i>incurrirá en prisión de cuatro (4) a diez (10) años</i> y multa de quinientos (500) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.	“ <i>Del acceso, uso o prestación ilegales de los servicios de telecomunicaciones.</i> El que acceda, use o preste servicio de telefonía móvil (eliminar con fines comerciales, y cambiarlo por ánimo de lucro), mediante copia o reproducción no autorizada de señales de identificación de equipos terminales de estos servicios, o sus derivaciones, <i>incurrirá en prisión de cuatro (4) a diez (10) años</i> y multa de quinientos (500) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
<i>En la misma pena incurrirá el que acceda, use o preste el servicio de telefonía pública básica conmutada local, local extendida, o de larga distancia</i>	<i>En la misma pena incurrirá el que acceda, use o preste el servicio de telefonía pública básica conmutada local, local extendida, o de larga distancia</i>

Proyecto Gaceta 523	Propuesta
<i><u>nacional o internacional con fines comerciales, sin la correspondiente autorización.</u></i>	<i><u>nacional o internacional con ánimo de lucro, sin la correspondiente autorización.</u></i>
<i><u>Igual sanción se impondrá a quien sin la correspondiente autorización, acceda, preste o use red u otro servicio de telecomunicaciones debidamente regulados”.</u></i>	<i><u>Igual sanción se impondrá a quien sin la correspondiente autorización, acceda, preste o use red u otro servicio de telecomunicaciones debidamente regulados”.</u></i>

- Con la anterior redacción se logra:
- Castigar el acceso, uso y prestación ilegales de la telefonía móvil en cualquiera de sus modalidades (inciso primero).
 - Sancionar el acceso, uso o prestación ilegales de la telefonía pública básica local conmutada (TPBLC), local extendida (LE) y larga distancia (LD) (inciso segundo, artículo 14, numerales 14.26 y 14.27, de la Ley 142 de 1994).
 - Castigar las mismas conductas teniendo en cuenta nuevas tecnologías como la Net2phone y la Voz IP (inciso tercero, artículos 2º, 27 a 30 del Decreto-ley 1900 de 1990 y normas complementarias).

Por medio de esto redactamos tipos claros y precisos que, aunque exigen remisiones a las normatividades que regulan las materias pertinentes, recogen las observaciones de la Corte Constitucional en las Sentencias C-739 de 2000 y C-311 de 2002.

Justificación para la modificación de los artículos 271 y 272 del Código Penal

Objeto

La reforma propuesta tiene como objeto el aumento de penas para los delitos contra los derechos de autor y derechos conexos, especialmente en lo que toca a los artículos 271 y 272 del Estatuto Penal (Ley 599 de 2000), referente al hurto de contenidos, conocido como Piratería. Asimismo, se busca crear conciencia ciudadana y desestimar esta práctica ilegal que tanto afecta a las industrias culturales.

Ante la inminente necesidad de equiparar el hurto de contenidos (piratería) a otras conductas de naturaleza penal, el Proyecto de ley 30 de 2004 Senado, busca no sólo proteger a los distintos titulares e intervinientes, sino también a las industrias culturales, la propiedad privada y a la misma cultura de un pueblo, frente a atropellos generados por delincuencia organizada que, de contera, atenta contra la economía del país.

Antecedentes

Esta propuesta no es reciente. Se intentó llevarla en la recién aprobada reforma del Código Penal. En esa oportunidad el argumento de la corporación, acertado por demás, fue el de no desgastar o desviar la discusión primaria (cambio de régimen de inquisitivo a acusatorio) y en tal medida se optó por dejar las reformas de la parte especial del código para un período posterior. En su momento la reforma que nos ocupa fue llevada por la Fiscalía General de la Nación, con el aval del Gobierno y previa concertación con los distintos sectores y gremios víctimas de este particular delito.

Al revisar el marco normativo de la piratería, es necesario mencionar que en la reciente la Ley 890 de 2004 (julio 7) reformatoria del Código Penal se consagró un aumento global de penas. Sin embargo, las nuevas normas difícilmente abordaron la problemática de las sanciones que deben aplicarse a los infractores de los derechos de autor y conexos, en lo que toca particularmente a los derechos patrimoniales y a la elusión de las medidas tecnológicas de protección (MTP) para proteger los distintos bienes culturales.

Análisis de la propuesta para cada artículo

Frente al artículo 271 del actual estatuto y con la modificación antes aludida, tenemos que para el delito de defraudación a los derechos patrimoniales, conocido como piratería, la pena vigente se encuentra entre los rangos de 2 años 8 meses la mínima y 7 años 6 meses la máxima. Con esta reforma el aumento “global” a que hicimos alusión se subsume, bajo el principio de favorabilidad de la ley penal; de ahí que al presente articulado no le sería aplicable nuevamente el aumento.

Este proyecto también pretende armonizar la descripción típica sustantiva con el artículo 313 del C. P. P. referente a la detención preventiva. Al introducir esta previsión en el Código de Procedimiento recientemente, se explicó ampliamente las razones y la necesidad de que en muchos eventos deben proceder penas efectivas de prisión para estas conductas delictivas que tanto daño causan a los autores y demás titulares de bienes intelectuales, bienes que, día a día, cobran mayor relevancia dentro de las relaciones internacionales y que elevan el comercio entre los pueblos.

Los distintos sectores reconocidos como industrias culturales, están altamente preocupados por los índices de piratería, ya que esta ha llegado a niveles donde la permanencia y sostenibilidad de las empresas las llevan irremediablemente a su desaparición. Ello afecta desde luego toda la cadena de creación y la subsistencia de los autores y creadores de obras y de múltiples creaciones intelectuales.

A manera de ejemplo, al observar la cadena productiva de un fonograma (CD, cassette o DVD), encontramos diferentes personas que intervienen en este proceso, a saber: el autor y compositor, el artista, intérprete o ejecutante, el productor fonográfico (titulares), También hacen parte de esta cadena el distribuidor de fonogramas, sean estos almacenes de cadena, minoristas y mayoristas, las plantas masterizadoras e inyectoras de CDS, las litografías, los organismos de radiodifusión (radio y televisión), y toda la cadena de consumidores y usuarios como bares, restaurantes, discotecas, donde la música conlleva un agregado especial dentro de su actividad ordinaria.

Igualmente, para cualquier industria del entretenimiento, en el proceso de producción están involucrados costos muy altos de promoción, lanzamiento, mercadeo, publicidad, que son la etapa final y más representativa, para posicionar las creaciones intelectuales. Todas estas inversiones, se hacen bajo el riesgo de dos posibilidades:

1. Que el producto se venda o no se venda, requisito indispensable para poder recuperar la inversión, y
2. En el evento que el producto guste, se enfrenta al problema de la piratería, donde personas inescrupulosas, sacan provecho ilícito a costa de una industria legal y organizada, perjudicándolos y dificultando recuperar la inversión que han hecho. Es así que, en el momento que un individuo compra música o libros pirata en las calles o la descarga de alguna página de Internet, está violando el trabajo de todos los involucrados en la creación, producción y venta de una producción intelectual.

Al revisar las cifras históricas del sector musical, para el período 1998-2000 el mercado fonográfico se redujo en un 29% en términos de unidades, perdió ventas superiores a los 6 millones, los ingresos en pesos corrientes se redujeron en un 13% y las utilidades cayeron en un 53%. Con respecto a los últimos, para el año 2001 la caída en pesos, sobre ventas de soportes, fue del 8.91%; para el 2002 del 28.32% y para el 2003 del 19.87%. Esto nos refleja una caída en los últimos tres años del 57.1%.

Este flagelo también afecta al Estado colombiano, que anualmente pierde un aproximado de ochenta mil millones de pesos (\$80.000.000.000.00) por el no pago del impuesto del valor agregado IVA, de un aproximado de trece millones de ventas de fonogramas piratas para el 2003.

El sector editorial también sufre los flagelos de la piratería editorial, por medio de la piratería offset y la piratería reprográfica. La primera utiliza el sistema litográfico offset, para la publicación de estas obras sin autorización de los titulares, y la segunda utiliza el sistema de reproducción facsimilar y que en nuestro medio el más generalizado es la fotocopia parcial o total de obras literarias, llevado a cabo fundamentalmente en el entorno universitario.

Se estima que la pérdida anual para la industria editorial, por “piratería offset”, está en el orden de los dieciocho mil millones de pesos (\$18.000.000.000.00), y por “piratería reprográfica” es de aproximadamente veintiséis mil millones de pesos (\$26.000.000.000.00). En total estamos hablando de que la pérdida anual por este flagelo es de aproximadamente cuarenta y cuatro mil millones de pesos (\$44.000.000.000.00).

Asimismo, con relación al artículo 272, el proyecto pretende igualmente sancionar a quien eluda las llamadas medidas tecnológicas de protección, herramienta necesaria para aprovechar los bienes culturales dentro de las nuevas tecnologías, principalmente, en lo que toca a las comunicaciones.

Al revisar las cifras de piratería musical a través de Internet, se estima que afecta en un 5% el mercado del disco compacto con tendencia al crecimiento; la mayoría de la música que se encuentra en la red es pirata. De acuerdo con estadísticas de la IFPI, aproximadamente el 40% de las conexiones que se realizan a través de Internet son para bajar música pirata. A pesar de las campañas exitosas de la International Federation of the Phonographic Industry, IFPI, que ha logrado que cerca de 35 mil websites fueran removidos de Internet, se han detectado que existen más de 250 mil websites para bajar música y todos son piratas.

La tecnología y su acceso son indispensables para el desarrollo de los pueblos y si no la armonizamos y la protegemos respecto de los contenidos que en ella circulan a diario, verbigracia Internet, estaremos alejándonos de su acceso y abriendo más la brecha frente a los países desarrollados, con las conclusiones nefastas que conocemos. No podemos dejar de observar también que las industrias culturales y los distintos bienes intelectuales juegan un papel de primer orden en el marco del comercio internacional y, donde, este tipo de bienes exigen y demandan un tratamiento especial dentro de las relaciones comerciales internacionales, ya que han desplazado, incluso, a los bienes de consumo. Las relaciones internacionales, apoyadas en el comercio, tienen la mirada puesta en la protección de los derechos intelectuales y la materia penal es un elemento esencial para hacer efectiva dicha protección. Las industrias culturales son la principal fuente de la industria del entretenimiento: La música, la televisión, el cine, los libros, la Internet, entre otros, son parte integral de lo que buscamos proteger y preservar. No podemos dejar pasar esta oportunidad para que estas industrias sobrevivan. El no hacerlo nos generará unos problemas adicionales insospechados e incluso la pérdida de la identidad cultural que es lo que verdaderamente une a los pueblos. Ante este duro panorama, el Congreso no puede permanecer indiferente. En consecuencia, desde el punto de vista de la legislación penal, debe actuar para dotar de mayores penas a los delitos tipificados en el Código Penal para que el castigo sea más adecuado a la gravedad del quebrantamiento, y por lo tanto, ejemplarizante. De esa forma, los delincuentes ya no tendrán el estímulo de la excarcelación y de penas bajas que no infunden el temor que la situación de la lucha contra la piratería necesita.

El Senador Andrés González dejó una salvedad en cuanto a la penalización de las conductas previstas en los numerales 1, 2 y 4 del artículo 272 del Código Penal y respecto de la dosificación de la

pena que se propone para la conducta referida en el numeral 3 del citado artículo.

Justificación para la modificación del artículo 306 del Código Penal

Por medio de esta iniciativa se busca proteger y garantizar los Derechos de los Obtentores de Variedades Vegetales, en materia exclusivamente penal.

Nuestro actual Código Penal, en su artículo 306, consagra que la usurpación de derechos de propiedad industrial (marcas, patentes de invención, enseñas comerciales, etc.) es un delito. Es claro que los derechos de obtentor vegetal no se encuentran allí incluidos, y por ende, la conducta podría estar calificada de atípica y su violación podría dejar de constituir una infracción penal, pese a su gravedad.

Vale la pena mencionar que en la legislación colombiana, los derechos de obtentor de variedades vegetales no encuentran cabida bajo la división tradicional bipartita de la propiedad intelectual (derechos de autor y propiedad industrial). Por lo anterior podemos concluir que si el legislador consideró involucrar en el Código Penal la violación de los derechos de propiedad intelectual, no debió dejar a un lado lo relacionado con las variedades vegetales, toda vez que en donde existe una misma razón de hecho debe existir una misma disposición de derecho.

Por lo anterior, nos permitimos proponer una redacción más adecuada del texto del artículo 306 en mención, con la que efectivamente se logrará salvaguardar penalmente los derechos de los obtentores de variedades vegetales, sin necesidad de acudir por analogía o aplicación extensiva a otras normas que impiden la persecución de la piratería vegetal.

TEXTO ACTUAL	TEXTO ACTUAL
Artículo 306. Usurpación de marcas y patentes. <i>El que utilice fraudulentamente nombre comercial, enseña, marca, patente de invención, modelo de utilidad o diseño industrial protegido legalmente o similarmente confundible con uno protegido legalmente, incurrirá en prisión de dos (2) a cuatro (4) años y multa de veinte (20) a dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.</i> <i>En la misma pena incurrirá quien financie, suministre, distribuya, ponga en venta, comercialice, transporte o adquiera con fines comerciales o de intermediación, bienes producidos o distribuidos en las circunstancias previstas en el inciso anterior.</i>	Artículo 306. Usurpación de derechos de propiedad industrial y derechos de obtentores de variedades vegetales: El que utilice fraudulentamente nombre comercial, enseña, marca, patente de invención, modelo de utilidad, diseño industrial o <u>usurpe derechos de obtentor de variedad vegetal concedidos mediante certificado de obtentor vigente</u>, protegidos legalmente o similarmente confundibles con uno protegido legalmente, incurrirá en prisión de cuatro (4) a seis (6) años y multa de veinte (20) a dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes. En la misma pena incurrirá quien financie, suministre, distribuya, ponga en venta, comercialice, transporte o adquiera con fines comerciales o de intermediación, bienes o <u>material vegetal</u>, producidos, cultivados o distribuidos en las circunstancias previstas en el inciso anterior. <u>Parágrafo. Cuando la usurpación de derechos de obtentor no cause un perjuicio superior a treinta (30) salarios mínimos legales mensuales, la pena se disminuirá en la mitad.</u>

Modificación puntual

Es preciso modificar el actual artículo, ya que se considera inexacto en el sentido de que se denomina usurpación de marcas y patentes; pero al momento de describir la conducta no sólo se indica que es delito la usurpación de marcas y patentes, sino también otros asuntos de propiedad industrial como nombre y enseña comercial, modelo de utilidad, diseño industrial, etc. Por esta razón, es más apropiado que en el título del delito se indique “usurpación de derechos de propiedad industrial”, con lo cual quedan cobijadas todas las manifestaciones escritas en la conducta. De otra parte, al incluir, los derechos de obtentor vegetal, en el título se hace una referencia a ellos.

El texto del actual artículo 306 del Código Penal se conserva inalterable, es decir, no se propone ninguna modificación diferente a la de que en la conducta se incluye la expresión “*usurpe derechos de obtentor de variedad vegetal*”.

Es claro que en su contenido no se contempla algún tipo de prohibición o sanción para los eventos en los que el delito de USURPACION recaiga sobre material vegetal protegido. Por ello es que se propone una redacción más amplia y sobre todo más equitativa para con todos los expertos en actividades sujetas al amparo de la propiedad intelectual, entre ellos, los Derechos de los Obtentores de Variedades Vegetales.

Actualmente en Colombia, “a la luz de la reglamentación vigente en materia de Derechos de Obtentor Vegetal: Tenemos a una persona que se dedica profesionalmente a las actividades de selección vegetal, fitomejoramiento e investigación e ingeniería genética. En el curso de su trabajo como profesional en la Obtención de Variedades Vegetales, obtiene una nueva y distinta variedad vegetal, la logra mejorar, estabilizar y homogeneizar, y por ende, intenta su Registro ante el Instituto Colombiano Agropecuario ICA (autoridad nacional competente), para que este organismo le otorgue, después de un trámite bastante especializado, su Certificado de Obtentor Vegetal respecto de la variedad solicitada en registro y que será de su única y exclusiva propiedad durante los siguientes veinticinco (25) años, dependiendo de si se trata de vides o árboles forestales o frutales, o de veinte (20) años para las demás especies, contados a partir de la fecha de otorgamiento del Título o Certificado de Obtentor”.

“¿Qué ocurre entonces con el Derecho de Obtentor Vegetal otorgado por el ICA, si alguien sin permiso del titular logra reproducirla y con ella empieza a lucrarse al comercializarla en el mercado? Es aquí donde claramente se tipifica el delito de USURPACION DE DERECHOS DE OBTENTOR VEGETAL, pero debido a la carencia de tal insinuación en la redacción del actual artículo 306 en comento, no es posible pretender la persecución penal de quien está usurpando la variedad protegida”.

Para prevenir estas prácticas lesivas de la leal competencia, el artículo 15 del Decreto 533 de 1994, contempla tal eventualidad así:

Artículo 15. *En caso de infracción de los derechos conferidos en virtud de un certificado de obtentor, se aplicarán cuando sean compatibles con el presente decreto, las normas y procedimientos que establece el Código de Comercio, respecto a las infracciones de los derechos de propiedad industrial, sin perjuicio de las acciones penales a que haya lugar.*

Hoy esos derechos no se encuentran claramente protegidos por el derecho penal. El gran inconveniente que se presenta es que penalmente no existe una norma que de forma expresa convenga en dicha protección de los Obtentores de Variedades Vegetales, como arriba se ilustró.

Hasta tanto no se indique en el artículo 306 del Código Penal, lo pertinente a la tipificación del delito de USURPACION DE DERECHOS DE OBTENTOR VEGETAL, no se podrá establecer un balance adecuado entre los incentivos necesarios para la innovación tecnológica, y la necesaria protección de las inversiones, investigaciones y conocimiento, y su adopción por parte de los pueblos más pobres.

Según un estudio hecho por el Ministerio de Agricultura, en la práctica los avances tecnológicos alcanzados en estas ramas del saber en los países más desarrollados, en general no están siendo difundidos ni adoptados en países más pobres, por no contar estos con sistemas confiables de propiedad intelectual que les garanticen a los dueños del conocimiento un retorno suficiente por su esfuerzo económico en ciencia y tecnología.

Teniendo en cuenta lo anterior, la razón para proponer esta modificación radica en el propósito de combatir la inseguridad existente sobre las inversiones e investigaciones, originada por la biopiratería, y en la eventual copia y adopción de sus secretos industriales por parte de terceros, principalmente en los países que carecen de falta de legislaciones fuertes y protectoras sobre la propiedad intelectual, como la nuestra en este tema.

De la misma manera, se propone un aumento de la pena para efectos de establecer un tratamiento igualitario en relación con todos los tipos penales que protegen la propiedad intelectual, aunque se establece una reducción de la misma para el evento en que quien viole el derecho de obtentor sea un pequeño agricultor y el perjuicio no supere los treinta (30) salarios mínimos legales mensuales.

Por su parte el Senador Andrés González Díaz, ponente de este proyecto, deja como salvedad al mismo, el hecho de que considera adecuado excluir a los pequeños agricultores de la posibilidad de ser destinatarios del tipo penal que aquí se pretende modificar, para efectos de que una sanción penal solo se aplique a cultivos de dimensión industrial y comercial en los cuales se incurra en el garante de la propiedad intelectual. En los demás casos deben existir garantías a la propiedad intelectual y sanciones pero de una naturaleza diferente a la penal. De otra parte, los demás ponentes consideran que el legislador no debe hacer distinciones para efectos de tipificación de las conductas delictivas, en consideración a la gravedad de la violación del derecho por cuanto ello deberá tenerse en cuenta para la graduación de la pena, bien por el juez o anticipadamente por el legislador. En este caso y como ya se explicó, se plantea un parágrafo que incluye una pena diferente para los eventos en que la usurpación del derecho de obtentor no genere un perjuicio superior a treinta (30) salarios mínimos legales mensuales para efectos de disminuir la pena en casos como los de la posible usurpación que genere un pequeño agricultor.

En el contexto de la sana y leal competencia, tampoco es tolerable que algunos inescrupulosos delincuentes, incursionen en el mercado en condiciones más favorables, como lo son los precios propios de quien reproduce y cultiva una variedad vegetal sin haber pagado su licencia o regalía a quien ostenta tal derecho, logrando competir en el mercado en mejores condiciones de quien honradamente accede a las licencias que otorga el obtentor. A ello también debemos

agregar lo que ocurre con la pésima calidad del material vegetal que se consigue en el mercado negro, comparada con la del material vegetal obtenido en condiciones idóneas y por quien es su titular, siendo su legítimo obtentor o la persona autorizada por este para reproducir y propagar el mismo.

Por las anteriores consideraciones proponemos.

Proposición

Dese segundo debate al Proyecto de ley número 26 de 2004 acumulado con el Proyecto de ley número 30 de 2004 con el pliego de modificaciones que se adjunta.

Mauricio Pimiento Barrera, Andrés González, Ciro Ramírez,
Senadores de la República.

Se autoriza la publicación del presente informe.

El Presidente,

Mauricio Pimiento Barrera.

El Secretario,

Guillermo León Giraldo Gil.

PLIEGO DE MODIFICACIONES AL PROYECTO DE LEY NUMERO 26 DE 2004 SENADO ACUMULADO CON EL PROYECTO DE LEY NUMERO 30 DE 2004 SENADO

*por la cual se modifican los artículos 257, 271, 272
y 306 del Código Penal.*

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1º. (Artículo modificado). El artículo 257 del Código Penal quedará así:

“Del acceso, uso o prestación ilegales de los servicios de telecomunicaciones. El que acceda o use servicio de telefonía móvil con ánimo de lucro, mediante copia o reproducción no autorizada de señales de identificación de equipos terminales de estos servicios, o sus derivaciones, incurrirá en prisión de cuatro (4) a diez (10) años y multa de quinientos (500) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En la misma pena incurrirá el que acceda, use o preste el servicio de telefonía pública básica conmutada local, local extendida, o de larga distancia nacional o internacional con fines comerciales, sin la correspondiente autorización.

Igual sanción se impondrá a quien sin la correspondiente autorización, acceda, preste o use red u otro servicio de telecomunicaciones debidamente regulados”.

Parágrafo. Las conductas señaladas en el presente artículo, serán investigables de oficio.

Artículo 2º. El artículo 271 del Código Penal quedará igual que el aprobado en Comisión Primera de Senado.

Artículo 3º. El artículo 272 del Código Penal quedará igual que el aprobado en Comisión Primera de Senado.

Artículo 4º. El artículo 306 del Código Penal quedará igual que el aprobado en Comisión Primera de Senado.

Artículo 5º. Derogatoria y vigencia. La presente ley rige a partir de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.

De los honorables Senadores,

Mauricio Pimiento Barrera, Andrés González, Ciro Ramírez,
Senadores de la República.

TEXTO APROBADO POR LA COMISION PRIMERA DEL HONORABLE SENADO DE LA REPUBLICA AL PROYECTO DE LEY NUMERO 26 DE 2004 SENADO ACUMULADO CON EL PROYECTO DE LEY NUMERO 30 DE 2004 SENADO

*por la cual se modifican los artículos 257, 271, 272
y 306 del Código Penal.*

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1º. El artículo 257 del Código Penal quedará así:

“Del acceso, uso o prestación ilegales de los servicios de telecomunicaciones. El que acceda o use servicio de telefonía móvil con fines comerciales, mediante copia o reproducción no autorizada de señales de identificación de equipos terminales de estos servicios, o sus derivaciones, incurrirá en prisión de cuatro (4) a diez (10) años y multa de quinientos (500) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En la misma pena incurrirá el que acceda, use o preste el servicio de telefonía pública básica conmutada local, local extendida, o de larga distancia nacional o internacional con fines comerciales, sin la correspondiente autorización.

Igual sanción se impondrá a quien sin la correspondiente autorización, acceda, preste o use red u otro servicio de telecomunicaciones debidamente regulados”.

Artículo 2º. El artículo 271 del Código Penal quedará así:

271. Violación a los derechos patrimoniales de autor y derechos conexos.

Incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de veinte (20) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, quien salvó las excepciones previstas en la ley:

1. Por cualquier medio o procedimiento, sin autorización previa y expresa del titular, reproduzca una obra de carácter literario, científico, artístico o cinematográfico, fonograma, videograma, soporte lógico o programa de ordenador, o transporte, almacene, conserve, distribuya, importe, venda, ofrezca, adquiera para la venta o distribución, o suministre a cualquier título dichas reproducciones.

2. Represente, ejecute o exhiba públicamente obras teatrales, musicales, fonogramas, videogramas, obras cinematográficas, o cualquier otra obra de carácter literario o artístico sin autorización previa y expresa del titular de los derechos correspondientes.

3. Alquile o de cualquier otro modo comercialice fonogramas, videogramas, programas de ordenador o soportes lógicos u obras cinematográficas, sin autorización previa y expresa del titular de los derechos correspondientes.

4. Fije, reproduzca o comercialice las representaciones públicas de obras teatrales o musicales, sin autorización previa y expresa del titular de los derechos correspondientes.

5. Disponga, realice o utilice, por cualquier medio o procedimiento, la comunicación, fijación, ejecución, exhibición, comercialización, difusión o distribución y representación de una obra de las protegidas en este título, sin autorización previa y expresa de su titular.

6. Retransmite, fije, reproduzca o por cualquier medio sonoro o audiovisual divulgue, sin autorización previa y expresa del titular, las emisiones de los organismos de radiodifusión.

7. Recepcione, difunda o distribuya por cualquier medio, sin autorización previa y expresa del titular, las emisiones de la televisión por suscripción.

Parágrafo. Cuando el perjuicio económico causado sea superior a 150 salarios mínimos legales mensuales vigentes, las penas previstas en este artículo se aumentarán en la mitad.

Artículo 3°. El artículo 272 del Código Penal quedará así:

Artículo 272. Violación a los mecanismos de protección de derecho de autor y derechos conexos, y otras defraudaciones.

Incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de veinte (20) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, quien:

- 1. Supere o eluda las medidas tecnológicas adoptadas para restringir los usos no autorizados.*
- 2. Suprima o altere la información esencial para la gestión electrónica de derechos, o importe, distribuya o comunique ejemplares con la información suprimida o alterada.*
- 3. Fabrique, importe, venda, arriende o de cualquier forma distribuya al público un dispositivo o sistema que permita descifrar una señal de satélite cifrada portadora de programas, sin autorización del distribuidor legítimo de esa señal, o de cualquier forma de eludir, evadir, inutilizar o suprimir un dispositivo o sistema que permita a los titulares del derecho controlar la utilización de sus obras o fonogramas, o impedir o restringir cualquier uso no autorizado de estos.*
- 4. Presente declaraciones o informaciones destinadas directa o indirectamente al pago, recaudación, liquidación o distribución de derechos económicos de autor o derechos conexos, alterando o falseando, por cualquier medio o procedimiento, los datos necesarios para estos efectos.*

Artículo 4°. El artículo 306 del Código Penal quedará así:

Artículo 306. Usurpación de derechos de propiedad industrial y derechos de obtentores de variedades vegetales.

El que utilice fraudulentamente nombre comercial, enseña, marca, patente de invención, modelo de utilidad, diseño industrial o usurpe derechos de obtentor de variedad vegetal concedidos mediante certificado de obtentor vigente, protegidos legalmente o similarmente confundibles con uno protegido legalmente, incurrirá en prisión de cuatro (4) a seis (6) años y multa de veinte (20) a dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En la misma pena incurrirá quien financie, suministre, distribuya, ponga en venta, comercialice, transporte o adquiera con fines

comerciales o de intermediación, bienes o material vegetal, producidos, cultivados o distribuidos en las circunstancias previstas en el inciso anterior.

Parágrafo. Cuando la usurpación de derechos de obtentor no cause un perjuicio superior a treinta (30) salarios mínimos legales mensuales, la pena se disminuirá en la mitad.

Artículo 5°. Derogatoria y vigencia. La presente ley rige a partir de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.

En los anteriores términos fue aprobado el Proyecto de ley número 26 de 2004 Senado acumulado con el Proyecto de ley número 30 de 2004 Senado, por la cual se modifican los artículos 257, 271, 272 y 306 del Código Penal, y según consta las Actas números 40 y 41 del 19 y 20 de abril de 2005, respectivamente.

Ponentes:

Mauricio Pimiento Barrera, Senador Coordinador; *Andrés González*, *Ciro Ramírez*, Senadores Ponentes.

El Presidente,

Mauricio Pimiento Barrera.

El Secretario,

Guillermo León Giraldo Gil.

C O N T E N I D O

Gaceta número 363 - Lunes 13 de junio de 2005
SENADO DE LA REPUBLICA

Págs.

PONENCIAS

Ponencia para primer debate y texto propuesto al Proyecto de ley número 044 de 2003 Cámara, 200 de 2005 Senado, por la cual se regula el derecho de negociación colectiva de los sindicatos de empleados públicos, en desarrollo del artículo 55 de la Constitución Política y de los Convenios de OIT números 151 de 1978 y 154 de 1981, aprobados respectivamente por las Leyes 411 de 1997 y 524 de 1999.	1
Ponencia para segundo debate, pliego de modificaciones y texto aprobado por la Comisión Primera al Proyecto de ley número 26 de 2004 Senado, por la cual se modifica el artículo 306 del Código Penal, acumulado con el Proyecto de ley número 30 del 2004 Senado, por la cual se modifica el Título VIII del Código Penal.	6