



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° 113

Bogotá, D. C., jueves, 5 de abril de 2018

EDICIÓN DE 44 PÁGINAS

DIRECTORES:	GREGORIO ELJACH PACHECO	JORGE HUMBERTO MANTILLA SERRANO
	SECRETARIO GENERAL DEL SENADO www.secretariasenado.gov.co	SECRETARIO GENERAL DE LA CÁMARA www.camara.gov.co

RAMA LEGISLATIVA DEL PODER PÚBLICO

SENADO DE LA REPÚBLICA

PROYECTOS DE LEY

PROYECTO DE LEY NÚMERO 204 DE 2018 SENADO

por medio de la cual se modifica el artículo 225 del Código Penal sobre retractación en los delitos de Injuria y Calumnia.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1°. *Objeto.* Modificar el artículo 225 del Código Penal sobre la retractación en los delitos de injuria y calumnia.

Artículo 2°. **Modificación.** Modifíquese el artículo 225 del Código Penal sobre la retractación en los delitos de injuria y calumnia, el cual quedará así:

Artículo 225. Retracción. *No habrá lugar a responsabilidad si el autor o participe de cualquiera de las conductas previstas en este título, se retractare voluntariamente antes de la realización de la primera audiencia de imputación.*

Si el autor o participe de cualquiera de las conductas previstas en este título, se retractare voluntariamente antes de la realización de la primera audiencia de acusación, la pena se reducirá hasta la mitad.

Si el autor o participe de cualquiera de las conductas previstas en este título, se retractare voluntariamente antes de proferirse sentencia de primera o única instancia, la pena se reducirá hasta una tercera parte.

No se podrá iniciar acción penal, si la retractación o rectificación se hace pública antes de que el ofendido formule la respectiva denuncia.

Parágrafo. *La publicación de la retractación tiene que ser a costa del responsable, y debe darse en el mismo medio y con las mismas características*

en que se difundió la imputación o en el que señale el funcionario judicial, en los demás casos.

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

De los honorables Congresistas,



ANTONIO NAVARRO WOLFF
Senador Partido Alianza Verde

I. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Con el fin de realizar la exposición de motivos del presente proyecto de ley, y argumentar la relevancia de aprobación del mismo, este acápite se ha dividido en seis (6) partes que presentan de forma ordenada la importancia del tema, las cuales son las siguientes:

1. Antecedentes y descripción del problema.
2. Objetivos del proyecto de ley.
3. Fundamento constitucional y legal, y
4. Impacto fiscal.

1. Antecedentes y descripción del problema

Esta iniciativa legislativa se presenta por la necesidad que surge de regular la retractación contemplada para los delitos de injuria y calumnia establecida en el artículo 225 del Código Penal, dado que la actual regulación pareciera que privilegia a quien cometiere el delito y no a la víctima, en la medida que el victimario puede retractarse hasta antes de la sentencia de primera o única instancia y no habrá responsabilidad penal.

Considerando lo anterior, y que en la actualidad se presentan bastantes problemas por la comisión de

estos delitos, y así mismo que la retractación hace que la víctima sea perjudicada y no tenga derecho a su reparación dado que la responsabilidad penal se extingue, es necesario graduar la retractación establecida en el artículo 225 del Código Penal, en la medida que se estimule que el proceso penal termine antes de la audiencia de imputación, de no ser así habría responsabilidad penal con disminución de la sanción, pero no extinción de la pena.

Esta regulación propuesta evita un desgaste judicial potencial innecesario, y contribuye a descongestionar la justicia de procesos judiciales que avanzan hasta última medida, pero que no terminan en la aplicación efectiva de la sanción penal, pues como se denotó basta la retractación para que todo lo actuado sea en vano.

Debe hacerse énfasis en que esta circunstancia actual propicia que se cometa este delito y en últimas el victimario no sea sancionado, lo que produce diferentes efectos dañinos a la víctima en el lapso que dura la injuria o calumnia hasta la retractación, de tal manera con la extinción de la sanción penal se deja sin protección a la víctima, quien ha sufrido diferentes tipos de perjuicios en este tiempo y quien no podrá obtener reparación alguna.

Cabe destacar que este problema va en contravía del derecho al buen nombre y a la honra consagrado en los artículos 2º, 15 y 21 de la Constitución Política de Colombia, así como diferentes tratados internacionales donde también se protegen estas garantías, tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, y la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, entre otras.

Con base en todo lo anterior, es necesario regular la retractación contemplada en el artículo 225 del Código Penal y proteger realmente el bien jurídico de la integridad moral evitando la dilación injustificada de perjuicios en el tiempo que dura el proceso penal por estos delitos, para lo cual se propone la siguiente modificación:

COMPARACIÓN DE LOS CAMBIOS PROPUESTOS	
Regulación actual	Regulación propuesta
<p>Artículo 225. Retracción. No habrá lugar a responsabilidad si el autor o partícipe de cualquiera de las conductas previstas en este título, se retractare voluntariamente antes de proferirse sentencia de primera o única instancia, siempre que la publicación de la retractación se haga a costa del responsable, se cumpla en el mismo medio y con las mismas características en que se difundió la imputación o en el que señale el funcionario judicial, en los demás casos.</p>	<p>Artículo 225. Retracción. No habrá lugar a responsabilidad si el autor o partícipe de cualquiera de las conductas previstas en este título, se retractare voluntariamente antes de la realización de la primera audiencia de imputación.</p> <p>Si el autor o partícipe de cualquiera de las conductas previstas en este título, se retractare voluntariamente antes de la realización de la primera audiencia de acusación, la pena se reducirá hasta la mitad.</p>

COMPARACIÓN DE LOS CAMBIOS PROPUESTOS	
Regulación actual	Regulación propuesta
<p>No se podrá iniciar acción penal, si la retractación o rectificación se hace pública antes de que el ofendido formule la respectiva denuncia.</p>	<p>Si el autor o partícipe de cualquiera de las conductas previstas en este título, se retractare voluntariamente antes de proferirse sentencia de primera o única instancia, la pena se reducirá hasta una tercera parte.</p> <p>No se podrá iniciar acción penal, si la retractación o rectificación se hace pública antes de que el ofendido formule la respectiva denuncia.</p> <p>Parágrafo. La publicación de la retractación tiene que ser a costa del responsable, y debe darse en el mismo medio y con las mismas características en que se difundió la imputación o en el que señale el funcionario judicial, en los demás casos.</p>

2. Objetivos del proyecto de ley

El objetivo general del proyecto de Ley es el siguiente:

- Regular el artículo 225 del Código Penal sobre la retractación en los delitos de injuria y calumnia.

A través de esta declaratoria, se pretende conseguir los siguientes objetivos específicos:

- Proteger el Derecho a la honra y buen nombre.
- Evitar la congestión judicial por los delitos de injuria y calumnia.
- Hacer eficiente los procesos judiciales por los delitos de injuria y calumnia.
- Crear conciencia en la sociedad sobre las incidencias y consecuencias por la comisión de los delitos de injuria y calumnia.

3. Fundamento constitucional y legal

A continuación, se expondrán las principales fuentes normativas que rigen el presente proyecto de ley, con el fin de dotar de fundamentación jurídica la iniciativa presentada.

3.1. Constitución Política

Como se mencionó, en la Constitución Política de Colombia hay diferentes artículos que protegen la Honra y el Buen Nombre de las personas en nuestro país, tales son los artículos 2, 15 y 21 de la Carta Política, los cuales se transcriben *in extenso*:

Artículo 2º. *Son fines esenciales del Estado:* servir a la comunidad, **promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución;** facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la

integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. (Resaltado fuera de texto).

Artículo 15. Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a **su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar.** De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas. (Resaltado fuera de texto).

(...)

Artículo 21. Se garantiza el derecho a la honra. La ley señalará la forma de su protección. (Resaltado fuera de texto).

3.2. Legislación

Sobre la legislación aplicable al asunto, cabe destacar que principalmente es lo referente al Título V del Código Penal sobre los delitos contra la integridad moral, dado que en este apartado se regulan los delitos de injuria y calumnia, y también lo respectivo a la retractación que se pretende modificar. El texto de la ley menciona lo siguiente:

TÍTULO V

DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL

CAPÍTULO ÚNICO

De la injuria y la calumnia

Artículo 220. Injuria. El que haga a otra persona imputaciones deshonrosas, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años y multa de diez (10) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Artículo 221. Calumnia. El que impute falsamente a otro una conducta típica, incurrirá en prisión de uno (1) a cuatro (4) años y multa de diez (10) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

(...)

Artículo 225. Retracción. No habrá lugar a responsabilidad si el autor o partícipe de cualquiera de las conductas previstas en este título, se retractare voluntariamente antes de proferirse sentencia de primera o única instancia, siempre que la publicación de la retractación se haga a costa del responsable, se cumpla en el mismo medio y con las mismas características en que se difundió la imputación o en el que señale el funcionario judicial, en los demás casos.

No se podrá iniciar acción penal, si la retractación o rectificación se hace pública antes de que el ofendido formule la respectiva denuncia.

3.3. Jurisprudencia

Sobre el asunto a tratar y la jurisprudencia relacionada con el tema, vale la pena destacar tres pronunciamientos de la Corte Constitucional donde se ha analizado la materia: Primero está la Sentencia C-489 de 2002, donde se declaró constitucional el numeral 8 del artículo 82 del Código Penal, donde se establece como causal de extinción de la acción penal el caso de la retractación. En segundo lugar, se encuentra la Sentencia C-417 de 2009, pronunciamiento en el cual se declara inexecutable el numeral primero del artículo 224 del Código Penal que no permitía aportar pruebas en caso de injuria y calumnia en contra y relación de un sujeto que ya había obtenido sentencia absolutoria sobre los hechos que versan las imputaciones desfavorables. Por último, está el caso de la Sentencia C-635 de 2014 donde recordó pronunciamientos anteriores, y entiende que la retractación es constitucional y legítima.

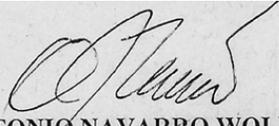
Como se observó en el marco normativo, existen múltiples normas de orden constitucional y legal que amparan la figura de la retractación en nuestro ordenamiento jurídico, sin embargo, es dado a esta corporación regular tal figura en la medida que se evite incurrir en procesos judiciales innecesarios y sobre todo se proteja efectivamente el buen nombre y honra de los ciudadanos de nuestro país.

4. Impacto fiscal

De conformidad con lo presentado, pero específicamente con el artículo 7° de la Ley 819 de 2003, los gastos que genere la presente iniciativa se entenderán incluidos en los presupuestos y en el Plan Operativo Anual de Inversión de la entidad competente. Teniendo en cuenta lo anterior, el presente proyecto de ley no tiene un impacto fiscal negativo en las finanzas del Gobierno Central o cualquier otra entidad pública, por el contrario, significaría un ahorro de presupuesto en la Rama Judicial en la medida que se tiende a su descongestión.

Por todo lo expresado anteriormente, ponemos a consideración del Congreso de la República el presente proyecto, esperando contar con su aprobación.

De los honorables Congresistas,



ANTONIO NAVARRO WOLFF
Senador Partido Alianza Verde

SENADO DE LA REPÚBLICA

Secretaría General

(Arts. 139 y ss. Ley 5ª de 1992)

El día 3 del mes de abril del año 2018 se radicó en este Despacho el Proyecto de ley número 204, con

todos y cada uno de los requisitos constitucionales y legales, por el honorable Senador *Antonio Navarro Wolff*.

El Secretario General,

Gregorio Eljach Pacheco.

SENADO DE LA REPÚBLICA

SECRETARÍA GENERAL

Tramitación de Leyes

Bogotá, D. C., 3 de abril de 2018

Señor Presidente:

Con el fin de repartir el Proyecto de ley número 204 de 2018 Senado, *por medio de la cual se modifica el artículo 225 del Código Penal sobre retractación en los delitos de injuria y calumnia*, me permito remitir a su despacho el expediente de la mencionada iniciativa, presentada el día de hoy ante la Secretaría General del Senado de la República por el honorable Senador *Antonio Navarro Wolff*. La materia de que trata el mencionado proyecto de ley es competencia de la Comisión Primera Constitucional Permanente del Senado de la República, de conformidad con las disposiciones Constitucionales y legales.

El Secretario General,

Gregorio Eljach Pacheco.

PRESIDENCIA DEL HONORABLE

SENADO DE LA REPÚBLICA

Bogotá, D. C., 3 de abril de 2018

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

Cúmplase.

El Presidente del honorable Senado de la República,

Efraín José Cepeda Sarabia.

El Secretario General del honorable Senado de la República,

Gregorio Eljach Pacheco.

* * *

**PROYECTO DE LEY NÚMERO 206 DE 2018
SENADO**

por la cual se modifica la Ley 23 de 1982 y se establecen otras disposiciones en materia de Derecho de Autor y Derechos Conexos.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

CAPÍTULO I

Disposiciones relativas al derecho de autor y los derechos conexos

Artículo 1°. Adiciónese al artículo 10 de la Ley 23 de 1982 el siguiente párrafo:

Parágrafo. En todo proceso relativo al derecho de autor, y ante cualquier jurisdicción se presumirá,

salvo prueba en contrario, que la persona bajo cuyo nombre, seudónimo o su equivalente se haya divulgado la obra, será el titular de los derechos de autor. También se presumirá, salvo prueba en contrario, que la obra se encuentra protegida.

Artículo 2°. Adiciónese al artículo 11 de la Ley 23 de 1982 el siguiente párrafo:

Parágrafo. Cuando la protección de un fonograma o una interpretación o ejecución fijada en un fonograma se otorgue en virtud del criterio de primera publicación o fijación, se considerará que dicha interpretación, ejecución o fonograma es publicada por primera vez en Colombia, cuando la publicación se realice dentro de los treinta (30) días siguientes a la publicación inicial en otro país.

Artículo 3°. Modifíquese el artículo 12 de la Ley 23 de 1982 el cual quedará así:

Artículo 12. El autor o, en su caso, sus derechohabientes, tienen sobre las obras literarias y artísticas el derecho exclusivo de autorizar, o prohibir:

- a) La reproducción de la obra bajo cualquier manera o forma, permanente o temporal, mediante cualquier procedimiento incluyendo el almacenamiento temporal en forma electrónica.
- b) La comunicación al público de la obra por cualquier medio o procedimiento, ya sean estos alámbricos o inalámbricos, incluyendo la puesta a disposición al público, de tal forma que los miembros del público puedan tener acceso a ella desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija.
- c) La distribución pública del original y copias de sus obras, mediante la venta o a través de cualquier forma de transferencia de propiedad.
- d) La importación de copias hechas sin autorización del titular del derecho.
- e) El alquiler comercial al público del original o de los ejemplares de sus obras.
- f) La traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra.

Parágrafo. El derecho a controlar la distribución de un soporte material se agota con la primera venta hecha por el titular del derecho o con su consentimiento, únicamente respecto de las sucesivas reventas, pero no agota ni afecta el derecho exclusivo de autorizar o prohibir el alquiler comercial y préstamo público de los ejemplares vendidos.

Artículo 4°. Modifíquese el artículo 27 de la Ley 23 de 1982, el cual quedará así:

Artículo 27. En todos los casos en que una obra literaria o artística tenga por titular del derecho de autor a una persona jurídica, el plazo de protección será de 70 años contados a partir del final del año calendario de la primera publicación autorizada de la obra.

Si dentro de los 50 años siguientes a la creación de la obra no ha existido publicación autorizada, el plazo de protección será de 70 años a partir del final del año calendario de la creación de la obra.

Artículo 5°. Adiciónese al Capítulo XII de la Ley 23 de 1982, un artículo 164 BIS el cual quedará así:

Artículo 164 BIS. Para los efectos de la presente ley se entiende por:

- a) **Radiodifusión.** La transmisión al público por medios inalámbricos o por satélite de los sonidos o sonidos e imágenes, o representaciones de los mismos; incluyendo la transmisión inalámbrica de señales codificadas, donde el medio de decodificación es suministrado al público por el organismo de radiodifusión o con su consentimiento; radiodifusión no incluye las transmisiones por las redes de computación o cualquier transmisión en donde tanto el lugar como el momento de recepción pueden ser seleccionados individualmente por miembros del público.
- b) **Comunicación al público de una interpretación o ejecución fijada en un fonograma o de un fonograma.** Solamente para los efectos del artículo 173 de la presente ley, es la transmisión al público, por cualquier medio que no sea la radiodifusión, de sonidos de una interpretación o ejecución o los sonidos o las representaciones de sonidos fijadas en un fonograma. Para los efectos de los derechos reconocidos a los artistas intérpretes o ejecutantes y productores de fonogramas, la comunicación al público incluye también hacer que los sonidos o las representaciones de sonidos fijados en un fonograma resulten audibles al público.
- c) **Comunicación al público de una interpretación fijada en obras y grabaciones audiovisuales.** La transmisión al público por cualquier medio y por cualquier procedimiento de una interpretación fijada en una obra o grabación audiovisual.

Artículo 6°. Modifíquese el artículo 165 de la Ley 23 de 1982, el cual quedará así:

Artículo 165. La protección ofrecida por las normas de este capítulo no afectará en modo alguno la protección del derecho del autor sobre las obras literarias, científicas y artísticas consagradas por la presente ley. En consecuencia, ninguna de las disposiciones contenidas en él podrá interpretarse en menoscabo de esa protección.

A fin de no establecer ninguna jerarquía entre el derecho de autor, por una parte, y los derechos de los artistas, intérpretes o ejecutantes y productores de fonogramas, por otra parte, en aquellos casos en donde sea necesaria la autorización tanto del autor de una obra contenida en un fonograma como del artista intérprete o ejecutante o productor titular de los derechos del fonograma, el requerimiento de

la autorización del autor no deja de existir debido a que también se requiera la autorización del artista intérprete o ejecutante o del productor de fonogramas.

Así mismo, en aquellos casos en donde sea necesaria la autorización tanto del autor de una obra contenida en un fonograma como del artista intérprete o ejecutante o del productor titular de los derechos del fonograma, el requerimiento de la autorización del artista intérprete o ejecutante o productor de fonogramas no deja de existir debido a que también se requiera la autorización del autor.

Artículo 7°. Modifíquese el artículo 166 de la Ley 23 de 1982, el cual quedará así:

Artículo 166. Los artistas intérpretes o ejecutantes, tienen respecto de sus interpretaciones o ejecuciones el derecho exclusivo de autorizar o prohibir:

- a) La radiodifusión y la comunicación al público de sus interpretaciones o ejecuciones no fijadas, excepto cuando la interpretación o ejecución constituya por sí misma una ejecución o interpretación radiodifundida;
- b) La fijación de sus ejecuciones o interpretaciones no fijadas;
- c) La reproducción de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas por cualquier manera o forma, permanente o temporal, mediante cualquier procedimiento incluyendo el almacenamiento temporal en forma electrónica;
- d) La distribución pública del original y copias de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonograma, mediante la venta o a través de cualquier forma de transferencia de propiedad;
- e) El alquiler comercial al público del original y de los ejemplares de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas, incluso después de su distribución realizada por el artista intérprete o ejecutante o con su autorización;
- f) La puesta a disposición al público de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas, de tal forma que los miembros del público puedan tener acceso a ella desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija.

Parágrafo. El derecho a controlar la distribución de un soporte material se agota con la primera venta hecha por el titular del derecho o con su consentimiento, únicamente respecto de las sucesivas reventas, pero no agota ni afecta el derecho exclusivo de autorizar o prohibir el alquiler comercial y préstamo público de los ejemplares vendidos.

Artículo 8°. Modifíquese el artículo 172 de la Ley 23 de 1982, el cual quedará así:

Artículo 172. El productor de fonogramas tiene el derecho exclusivo de autorizar o prohibir:

- a) La reproducción del fonograma por cualquier manera o forma, temporal o permanente, mediante cualquier procedimiento incluyendo el almacenamiento temporal en forma electrónica;
- b) La distribución pública del original y copias de sus fonogramas, mediante la venta o a través de cualquier forma de transferencia de propiedad;
- c) La importación de copias del fonograma;
- d) El alquiler comercial al público del original y de los ejemplares de sus fonogramas incluso después de su distribución realizada por ellos mismos o con su autorización;
- e) La puesta a disposición al público de sus fonogramas, de tal forma que los miembros del público puedan tener acceso a ellos desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija.

Parágrafo. El derecho a controlar la distribución de un soporte material se agota con la primera venta hecha por el titular del derecho o con su consentimiento, únicamente respecto de las sucesivas reventas, pero no agota ni afecta el derecho exclusivo de autorizar o prohibir el alquiler comercial y préstamo público de los ejemplares vendidos.

Artículo 9°. Adiciónese al artículo 175 de la Ley 23 de 1982 el siguiente parágrafo:

Parágrafo. En todo proceso relativo a los derechos conexos, y ante cualquier jurisdicción se presumirá, salvo prueba en contrario, que las personas bajo cuyo nombre o seudónimo o marca u otra designación, se hubiere divulgado la interpretación o ejecución o el fonograma, serán titulares de los derechos conexos. También se presumirá, salvo prueba en contrario, que la interpretación, ejecución o el fonograma se encuentran protegidos.

Artículo 10. Adiciónese al artículo 182 de la Ley 23 de 1982 el siguiente parágrafo segundo:

Parágrafo 2°. Las personas naturales o jurídicas, a las que en virtud de acto o contrato se les transfirieron derechos patrimoniales de autor o conexos, serán consideradas como titulares de derechos ante cualquier jurisdicción.

Artículo 11. Modifíquese el artículo 2° de la Ley 44 de 1993 que modifica el artículo 29 de la Ley 23 de 1982, el cual quedará así:

Artículo 2°. Los derechos consagrados a favor de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión tendrán la siguiente duración:

- a) Cuando el titular sea persona natural, la protección se dispensará durante su vida y 80 años más a partir de su muerte.
- b) Cuando el titular sea persona jurídica, el plazo de protección será de:
 1. 70 años contados a partir del final del año calendario de la primera publicación autorizada

de la interpretación, ejecución o del fonograma. A falta de tal publicación autorizada dentro de los 50 años contados a partir de la realización de la interpretación, ejecución, o del fonograma, el plazo será de 70 años a partir del final del año calendario en que se realizó la interpretación o ejecución o el fonograma;

2. 70 años contados a partir del final del año calendario en que se haya realizado la primera emisión de radiodifusión.

Artículo 12. *Medidas tecnológicas e información sobre gestión de derechos.*

Independientemente de que concurra una infracción al derecho de autor o a los derechos conexos, incurrirá en responsabilidad civil quien realice cualquiera de las siguientes conductas:

- a) Sin autorización eluda las medidas tecnológicas efectivas impuestas para controlar el acceso a una obra, interpretación o ejecución o fonograma protegidos, o que protegen cualquier derecho de autor o cualquier derecho conexo al derecho de autor frente a usos no autorizados.
- b) Fabrique, importe, distribuya, ofrezca al público, suministre o de otra manera comercialice dispositivos, productos o componentes, u ofrezca al público o suministre servicios que, respecto de cualquier medida tecnológica efectiva:
 1. Sean promocionados, publicitados o comercializados con el propósito de eludir dicha medida; o
 2. Tengan un limitado propósito o uso comercialmente significativo diferente al de eludir dicha medida; o
 3. Sean diseñados, producidos, ejecutados principalmente con el fin de permitir o facilitar la elusión de dicha medida.
- c) Con conocimiento de causa, o teniendo motivos razonables para saber:
 1. Suprima o altere sin autorización cualquier información sobre la gestión de derechos.
 2. Distribuya o importe para su distribución, información sobre gestión de derechos que ha sido suprimida o alterada sin autorización.
 3. Distribuya, importe para su distribución, emita, comunique o ponga a disposición del público copias de las obras, interpretaciones o ejecuciones o fonogramas, con información sobre gestión de derechos suprimida o alterada sin autorización.

Parágrafo 1°. Para los efectos de la presente ley se entenderá por medida tecnológica efectiva la tecnología, dispositivo o componente que, en el curso normal de su operación, sea apta para controlar el acceso a una obra, interpretación o ejecución o fonograma protegido, o para proteger cualquier derecho de autor o cualquier derecho conexo frente a usos no autorizados y que no pueda ser eludida accidentalmente.

Parágrafo 2°. Para los efectos de la presente ley se entenderá por información sobre la gestión de derechos la información que identifica la obra, interpretación o ejecución o fonograma; al autor de la obra, al artista intérprete o ejecutante de la interpretación o ejecución, o al productor del fonograma; o al titular de cualquier derecho sobre la obra, interpretación o ejecución o fonograma; o información sobre los términos y condiciones de utilización de las obras, interpretaciones o ejecuciones o fonogramas; o cualquier número o código que represente dicha información, cuando cualquiera de estos elementos de información estén adjuntos a un ejemplar de la obra, interpretación o ejecución o fonograma o figuren en relación con la comunicación o puesta a disposición al público de una obra, interpretación o ejecución o fonograma.

Parágrafo 3°. Medidas cautelares. En los procesos civiles que se adelanten como consecuencia de la infracción a los derechos patrimoniales de autor y derechos conexos, o por la realización de las actividades descritas en este artículo de la presente ley, son aplicables las medidas cautelares propias de los procesos declarativos establecidas por el Código General del Proceso.

Artículo 13. Excepciones a la responsabilidad por la elusión de las medidas tecnológicas. Las excepciones a la responsabilidad consagrada en los literales a) y b) del artículo anterior son las siguientes, las cuales serán aplicadas en consonancia con los párrafos de este artículo.

- a) Actividades de buena fe no infractoras de ingeniería inversa realizadas a la copia de un programa de computación obtenida legalmente, siempre que los elementos particulares de dicho programa no hubiesen estado a disposición inmediata de la persona involucrada en dichas actividades, con el único propósito de lograr la interoperabilidad de un programa de computación creado independientemente con otros programas.
- b) Actividades de buena fe no infractoras, realizadas por un investigador que haya obtenido legalmente una copia, interpretación o ejecución no fijada o muestra de una obra, interpretación o ejecución o fonograma, y que haya hecho un esfuerzo de buena fe por obtener autorización para realizar dichas actividades, en la medida necesaria, y con el único propósito de identificar y analizar fallas y vulnerabilidades de las tecnologías para codificar y decodificar la información.
- c) La inclusión de un componente o parte con el único fin de prevenir el acceso de menores al contenido inapropiado en línea en una tecnología, producto, servicio o dispositivo que por sí mismo sea diferente de los mencionados en el literal b) del artículo 12.
- d) Actividades de buena fe no infractoras autorizadas por el dueño de una computadora, sistema de cómputo o red de cómputo con el

único fin de probar, investigar o corregir la seguridad de dicha computadora, sistema de cómputo o red de cómputo.

- e) El acceso por parte de bibliotecas, archivos o instituciones de todos los niveles educativos, sin fines de lucro, a una obra, interpretación o ejecución o fonograma a la cual no tendrían acceso de otro modo, con el único fin de tomar decisiones sobre adquisiciones.
- f) Actividades no infractoras con el único fin de identificar y deshabilitar la capacidad de realizar de manera no divulgada la recolección o difusión de datos de identificación personal que reflejen las actividades en línea de una persona natural, de manera que no tenga otro efecto en la capacidad de cualquier persona de obtener acceso a cualquier obra.
- g) Usos no infractores de una obra, interpretación o ejecución, fonograma o emisión, amparados por una limitación o excepción en una clase particular de obras interpretaciones o ejecuciones, fonogramas o emisiones, teniendo en cuenta la existencia de evidencia sustancial de un impacto adverso real o potencial en aquellos usos no infractores.

El Gobierno nacional a través de la Unidad Administrativa Especial Dirección Nacional de Derecho de Autor hará una revisión periódica, en intervalos de no más de tres años, para determinar la necesidad y conveniencia de emitir un concepto en que se consagren los usos no infractores que han de ser objeto de la excepción prevista en este literal. Los usos no infractores mencionados en el concepto de la Dirección Nacional de Derecho de Autor serán permanentes, pero susceptibles de revocación, si desaparece la excepción o limitación al derecho de autor o a los derechos conexos en que se fundamentó la excepción de la medida tecnológica o si hay evidencia sustancial de que la necesidad de su existencia ha desaparecido.

Para esta revisión la Unidad Administrativa Especial Dirección Nacional de Derecho de Autor evaluará las inquietudes que sean planteadas a través de la Subcomisión de Derecho de Autor de la Comisión Intersectorial de Propiedad Intelectual (CIPI), la que a través de un proceso de socialización amplio y suficiente, recogerá en un documento las inquietudes manifestadas por los beneficiarios de las limitaciones y excepciones, así como por los titulares de derechos.

- h) Usos no infractores de una obra, interpretación o ejecución, fonograma o emisión, amparados por las limitaciones y excepciones establecidas por la ley en favor de toda persona con y/o en situación de discapacidad en los términos de la Ley 1618 de 2013, que, en razón a las barreras definidas en dicha ley, no pueda acceder a las obras en los modos, medios y formatos de comunicación accesibles

de su elección y adecuados a su tipo de discapacidad.

- i) La actividad legalmente autorizada de investigación, protección, seguridad de la información o inteligencia, llevada a cabo por empleados, agentes o contratistas del gobierno. Para los efectos de este numeral la seguridad de la información comprende, entre otras actividades, pruebas de vulnerabilidad, hacking ético y análisis forense, llevadas a cabo para identificar y abordar la vulnerabilidad de una computadora, un sistema de cómputo o una red de cómputo gubernamentales.

Parágrafo 1°. Todas las excepciones a las conductas establecidas en el presente artículo aplican para las medidas tecnológicas efectivas que controlen el acceso a una obra, interpretación ejecución o fonograma.

Parágrafo 2°. A las actividades relacionadas en el artículo 12 literal b), cuando se refieran a medidas tecnológicas que controlen el acceso a una obra, interpretación, ejecución o fonograma, solo se aplicarán las excepciones establecidas en los literales a), b), c), d) del presente artículo.

Parágrafo 3°. A las actividades relacionadas en el artículo 12 literal b), cuando se refieran a medidas tecnológicas que protegen cualquier derecho de autor o cualquier derecho conexo al derecho de autor frente a usos no autorizados, solo se aplicará la excepción establecida en el literal a) del presente artículo.

Artículo 14. Las disposiciones de los artículos 1° a 13 de la presente ley se aplicarán a todas las obras, interpretaciones, ejecuciones, fonogramas y emisiones que, al momento de la entrada en vigencia de la presente ley no hayan pasado al dominio público.

Artículo 15. *Obligación de informar.* Quien incorpore una medida tecnológica para controlar el acceso o los usos no autorizados de las obras, interpretaciones o ejecuciones, fonogramas o emisiones de los organismos de radiodifusión está obligado a informar sobre su existencia y alcance. El alcance de esta información, así como la responsabilidad de los titulares de derechos estará enmarcada dentro de los parámetros establecidos en la Ley 1480 de 2011 “*por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones*” así como aquellas normas que la modifiquen o sustituyan.

Artículo 16. *Limitaciones y excepciones al derecho de autor y los derechos conexos.* Sin perjuicio de las limitaciones y excepciones establecidas en la Decisión Andina 351 de 1993, en la Ley 23 de 1982 y en la Ley 1680 de 2013, se crean las siguientes:

- a) La reproducción temporal en forma electrónica de una obra, interpretación o ejecución, fonograma o emisión fijada, que sea transitoria o accesoria, que forme parte integrante y esencial de un proceso tecnológico y cuya

única finalidad consista en facilitar una transmisión en una red informática entre terceras partes por un intermediario, o una utilización lícita de una obra, interpretación o ejecución, fonograma, o emisión fijada que no tengan por sí mismos una significación económica independiente.

Para los fines del presente literal, se entiende que la reproducción temporal en forma electrónica incluye, los procesos tecnológicos que sean necesarios en la operación ordinaria de computadores, dispositivos digitales o de internet, siempre y cuando se cumplan con los requisitos mencionados en el párrafo anterior.

- b) El préstamo por una biblioteca, archivo o centro de documentación, cuyas actividades no tengan directa ni indirectamente fines de lucro, de copias o ejemplares de obras, interpretaciones o ejecuciones artísticas, fonogramas y emisiones fijadas, siempre que figuren en las colecciones permanentes de esta y hubiesen sido lícitamente adquiridas.
- c) La puesta a disposición por parte de bibliotecas, archivos o centros de documentación, a través de terminales especializados instalados en sus propios locales o en función de los servicios de extensión de las bibliotecas públicas de la Ley 1379 de 2010, para fines de investigación o estudio personal de sus usuarios, de obras, fonogramas, grabaciones audiovisuales y emisiones fijadas, lícitamente adquiridas y que no estén sujetas a condiciones de adquisición o licencia.
- d) Se permitirá la transformación de obras literarias y artísticas divulgadas, siempre que se realice con fines de parodia y caricatura, y no implique un riesgo de confusión con la obra originaria.
- e) Se permitirá la reproducción por medios reprográficos para la enseñanza o para la realización de exámenes por instituciones de todos los niveles educativos, en la medida justificada por el fin que se persiga, de artículos lícitamente publicados en periódicos o colecciones periódicas, breves extractos de obras lícitamente publicadas, y obras aisladas de carácter plástico, fotográfico o figurativo, a condición que tal utilización se haga conforme a los usos honrados y que la misma no sea objeto de venta u otra transacción a título oneroso, ni tenga directa o indirectamente fines de lucro. Lo anterior siempre que se incluya el nombre del autor y la fuente.

Artículo 17. *Actualización de limitaciones y excepciones.* El Gobierno nacional, a través de la Dirección Nacional de Derecho de Autor hará una revisión periódica de las limitaciones y excepciones al derecho de autor y los derechos conexos, en intervalos de tres años o cuando lo estime necesario, con el objetivo de determinar la necesidad y conveniencia de presentar ante el Congreso de la

República un proyecto de ley que reforme o consagre limitaciones y excepciones al derecho de autor.

Dicho proyecto deberá observar las reglas establecidas en los tratados internacionales ratificados por Colombia para incorporar limitaciones y excepciones al derecho de autor y a los derechos conexos, y tendrá como finalidad armonizar las prerrogativas consagradas en favor de los autores y titulares, con los avances tecnológicos y otros derechos fundamentales.

CAPÍTULO II

Disposiciones relativas a obras huérfanas

Artículo 18. *Obras huérfanas.* Para los efectos de esta ley se entenderá por obras huérfanas las obras o fonogramas que estén protegidas por el derecho de autor o derechos conexos y que hayan sido publicadas por primera vez en Colombia o, a falta de publicación, cuya primera radiodifusión haya tenido lugar en Colombia, en los que ninguno de los titulares de los derechos sobre dicha obra o fonograma está identificado o si, de estarlo uno o más de ellos no ha sido localizado a pesar de haber efectuado una búsqueda diligente de los mismos, debidamente registrada con arreglo al artículo 21.

Artículo 19. *Identificación de los titulares.* Si existen varios titulares de derechos sobre una misma obra o un mismo fonograma y no todos ellos han sido identificados o, a pesar de haber sido identificados, no han sido localizados tras haber efectuado una búsqueda diligente, debidamente registrada con arreglo al artículo 21, la obra o el fonograma se podrán utilizar de conformidad con la presente ley, siempre que los titulares de derechos que hayan sido identificados y localizados hayan autorizado, en relación con los derechos que ostenten.

Artículo 20. Personas autorizadas y ámbito de aplicación para hacer uso de obras huérfanas. Podrán hacer usos de las obras huérfanas que se encuentren en sus repositorios, las bibliotecas, centros de enseñanza y museos, accesibles al público, así como archivos, organismos de conservación del patrimonio cinematográfico o sonoro y organismos públicos de radiodifusión, con domicilio en Colombia, con el fin de alcanzar objetivos relacionados con su misión siempre y cuando este sea de interés público, y se trate de:

- a) Obras publicadas en forma de libros, revistas especializadas, periódicos, revistas u otro material impreso que figuren en las colecciones de bibliotecas, centros de enseñanza o museos, accesibles al público, así como en las colecciones de archivos o de organismos de conservación del patrimonio cinematográfico o sonoro;
- b) Obras cinematográficas o audiovisuales y los fonogramas que figuren en las colecciones de bibliotecas, centros de enseñanza o museos, accesibles al público, así como en las colecciones de archivos o de organismos de con-

servación del patrimonio cinematográfico o sonoro;

- c) Obras cinematográficas o audiovisuales y los fonogramas producidos por organismos públicos de radiodifusión que figuren en sus archivos y que estén protegidas por derechos de autor o derechos conexos a los derechos de autor y que hayan sido publicadas por primera vez en el país o, a falta de publicación, cuya primera radiodifusión haya tenido lugar en Colombia.

Parágrafo 1°. Las obras y los fonogramas a que se hace referencia en los literales a), b) y c), que nunca hayan sido publicados ni radiodifundidos en Colombia, pero que hayan sido puestos a disposición del público por las entidades mencionadas en otros países, con el consentimiento de los titulares de derechos, siempre y cuando sea razonable suponer que los titulares de derechos no se opondrían a los usos contemplados en el artículo 23.

Parágrafo 2°. Las normas de este capítulo se aplicarán también a las obras y otras prestaciones protegidas que estén insertadas o incorporadas en las obras o los fonogramas a que se refieren los apartados anteriores o que formen parte integral de estos.

Artículo 21. Búsqueda diligente. A efectos de determinar si una obra o un fonograma son obras huérfanas, las entidades mencionadas en el artículo 20, efectuarán una búsqueda diligente y de buena fe por cada obra u otra prestación protegida, consultando para ello las fuentes adecuadas en función de la categoría de obra y de cada prestación protegida independientemente consideradas. La búsqueda diligente se efectuará con carácter previo al uso de la obra o del fonograma.

La búsqueda diligente se efectuará, en el lugar de la primera publicación o, a falta de publicación, de primera radiodifusión. Sin embargo, si existen pruebas que sugieran que en otros países existe información pertinente sobre los titulares de derechos, deberá efectuarse asimismo una consulta de las fuentes de información disponibles en esos países.

En el caso a que se refiere el artículo 20, parágrafo 1°, la búsqueda diligente deberá efectuarse en el país en el que se encuentre establecida la entidad que haya puesto la obra o el fonograma a disposición del público con el consentimiento del titular de derechos.

El Gobierno nacional, a través del Ministerio del Interior y con la coordinación de la Dirección Nacional de Derecho de Autor, reglamentará la materia indicando cuáles son las fuentes de información que resultan adecuadas para la búsqueda de autores y titulares en cada categoría de obras o fonogramas en consulta con los titulares de derechos y los usuarios, e incluirán como mínimo, la información del registro nacional de derecho de autor, así como las bases de datos de las diferentes sociedades de gestión colectiva.

Artículo 22. *Prueba de la búsqueda diligente.* Las entidades mencionadas en el artículo 20, inscribirán en el registro nacional de derecho de autor, administrado por la Dirección Nacional de Derecho de Autor, previo a realizar los usos consagrados en el artículo 23 de la presente ley, sus búsquedas diligentes y tendrán a disposición del público en general, la siguiente información:

- a) Los resultados de las búsquedas diligentes que dichas entidades hayan efectuado y que hayan llevado a la conclusión de que una obra o un fonograma debe considerarse obra huérfana;
- b) El uso que las entidades hacen de las obras o fonogramas huérfanas, de conformidad con la presente ley;
- c) Cualquier cambio, de conformidad con el artículo 24, en la condición de obra huérfana de las obras y los fonogramas que utilicen las entidades;
- d) La información de contacto pertinente de la entidad en cuestión.

El Gobierno nacional apropiará los recursos necesarios para dicha labor y, a través del Ministerio del Interior, con la coordinación de la Dirección Nacional de Derecho de Autor, reglamentará la forma de realizar el mencionado registro.

Artículo 23. *Utilización de obras huérfanas.* Las entidades a que se refiere el artículo 20, podrán realizar, sin autorización del autor o titular, los usos que se establecen a continuación, en relación con las obras huérfanas que figuren en sus colecciones:

- a) Puesta a disposición del público de la obra huérfana.
- b) Reproducción, a efectos de digitalización, puesta a disposición del público, indexación, catalogación, conservación o restauración.

Parágrafo 1°. Las entidades a que se refiere el artículo 20, podrán hacer uso de una obra huérfana con arreglo del presente artículo únicamente a fines del ejercicio de su misión de interés público, en particular la conservación y restauración de las obras y los fonogramas que figuren en su colección, y la facilitación del acceso a los mismos con fines culturales y educativos. Las entidades podrán obtener ingresos en el transcurso de dichos usos, a los efectos exclusivos de cubrir los costes derivados de la digitalización de las obras huérfanas y de su puesta a disposición del público.

Parágrafo 2°. Cualquier utilización de una obra huérfana por parte de las entidades a que se refiere el artículo 20, se entenderá sin perjuicio de indicar el nombre de los autores y otros titulares de derechos que sí han sido identificados.

Artículo 24. *Fin de la condición de obra huérfana.* Los titulares de derechos sobre una obra o un fonograma que se consideren obras huérfanas tendrán en todo momento la posibilidad de poner fin a dicha condición de obra huérfana en lo que se refiere a sus derechos.

Artículo 25. *Compensación por uso de una obra huérfana.* Los titulares de derechos que pongan fin a la condición de obra huérfana de sus obras u otras prestaciones protegidas recibirán una compensación equitativa por el uso que las entidades a que se refiere el artículo 20 hayan hecho de dichas obras y otras prestaciones protegidas con arreglo al artículo 23 de la presente ley. El Gobierno nacional, a través del Ministerio del Interior, con la coordinación de la Dirección Nacional de Derecho de Autor, reglamentará la materia.

Artículo 26. *Continuación de la vigencia de otras disposiciones legales.* Las disposiciones de este capítulo se entenderán sin perjuicio de las disposiciones relativas, en particular, a los derechos de patente, las marcas comerciales, los modelos de utilidad, los diseños industriales, la protección del patrimonio nacional, los requisitos sobre depósito legal, la legislación sobre prácticas restrictivas y competencia desleal, el secreto comercial, la seguridad, la confidencialidad, la protección de datos y el derecho a la intimidad, el acceso a los documentos públicos y el derecho de contratos, así como a las normas relativas a la libertad de prensa y la libertad de expresión en los medios de comunicación.

Artículo 27. *Aplicación en el tiempo.* Las disposiciones sobre obras huérfanas se aplicarán con respecto a todas las obras y todos los fonogramas a que se refiere el artículo 20 que estén protegidos por la legislación sobre derecho de autor y derechos conexos a la fecha de expedición de la presente ley, así como para las que sean creadas con posterioridad a la entrada en vigor de esta.

CAPÍTULO III

Disposiciones relativas a los ejemplares de obras en formatos accesibles

Artículo 28. A los efectos de este capítulo se entiende por:

- a) **Obras.** Las obras literarias, científicas, artísticas, audiovisuales producidas en cualquier formato, medio o procedimiento con independencia de que hayan sido publicadas o puestas a disposición del público por cualquier medio.
- b) **Ejemplar en formato accesible.** La reproducción de una obra, de una manera o forma alternativa que dé a los beneficiarios acceso a ella, siendo dicho acceso tan viable y cómodo como el de las personas sin discapacidad. El ejemplar en formato accesible será utilizado exclusivamente por los beneficiarios y debe respetar la integridad de la obra original, tomando en debida consideración los cambios necesarios para hacer que la obra sea accesible en el formato alternativo y las necesidades de accesibilidad de los beneficiarios, en la medida justificada por el fin que se persiga.

- c) **Entidad autorizada.** Toda entidad autorizada o reconocida por el Gobierno nacional para proporcionar a los beneficiarios, sin ánimo de lucro, educación, formación pedagógica, lectura adaptada o acceso a la información. Se entenderá también toda institución gubernamental u organización sin ánimo de lucro que proporcione los mismos servicios a los beneficiarios, como una de sus actividades principales u obligaciones institucionales.
- d) **Beneficiario.** Toda persona con y/o en situación de discapacidad en los términos de la Ley 1618 de 2013, que en razón a las barreras definidas en dicha ley, no pueda acceder a las obras en los modos, medios y formatos de comunicación accesibles de su elección y adecuados a su tipo de discapacidad;
- e) **Tratado de Marrakech.** Tratado “para facilitar el acceso a las obras publicadas a las personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso”, adoptado el 27 de junio de 2013, en Marrakech, por la Conferencia Diplomática “sobre la conclusión de un tratado que facilite a las personas con discapacidad visual y a las personas con dificultad para acceder al texto impreso el acceso a las obras publicadas”.

Artículo 29. Cuando un ejemplar en formato accesible no pueda ser obtenido comercialmente por los beneficiarios en el mercado colombiano, será lícito realizar los siguientes actos, sin autorización del titular de derechos y sin pago de remuneración, siempre que dicha utilización guarde relación directa con la discapacidad que se trate y se lleve a cabo a través de un procedimiento o medio necesario para superarla:

- a) Reproducir, distribuir y poner a disposición del público, las obras a las cuales se refiere el artículo 28 por parte de las entidades autorizadas, con el propósito de realizar un ejemplar en formato accesible de la obra, obtener de otra entidad autorizada un ejemplar en formato accesible, así como suministrar esos ejemplares a un beneficiario por cualquier medio, incluido el préstamo público o mediante la comunicación electrónica por medios alámbricos o inalámbricos, y tomar cualquier medida intermedia para alcanzar esos objetivos, cuando se satisfagan todas las condiciones siguientes:
 1. Que la entidad autorizada que desee realizar dicha actividad tenga acceso legal a esa obra o a un ejemplar de la misma.
 2. Que la obra sea convertida a un formato accesible, que puede incluir cualquier medio necesario para consultar la información en dicho formato, pero no introduzca más cambios que los necesarios para que el beneficiario pueda acceder a la obra.
 3. Que dichos ejemplares en formato accesible se suministren exclusivamente a los beneficiarios; y
 4. Que la actividad se lleve a cabo sin ánimo de lucro.
- b) Reproducir, distribuir y poner a disposición del público las obras a las cuales se refiere el artículo 28, por parte del mismo beneficiario, o alguien que actúe en su nombre, incluida la principal persona que lo cuida o se ocupe de su atención, a fin de realizar un ejemplar en formato accesible de la obra para el uso personal del beneficiario, o ayudar de otra forma al beneficiario a reproducir y utilizar ejemplares en formato accesible cuando el beneficiario tenga acceso legal a esa obra o a un ejemplar de la misma. A la obra que sea convertida a un formato accesible no se le podrán introducir más cambios que los necesarios para que el beneficiario pueda acceder a ella.
- c) Distribuir o poner a disposición, por parte de una entidad autorizada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30, para uso exclusivo de los beneficiarios, ejemplares en formato accesible realizados en virtud de las limitaciones y excepciones consagradas en los literales a) y b) de este artículo, a una entidad autorizada o a un beneficiario en otra Parte Contratante del Tratado de Marrakech, siempre y cuando, antes de la distribución o la puesta a disposición, la entidad autorizada colombiana no supiera, o no hubiera tenido motivos razonables para saber que el ejemplar en formato accesible sería utilizado por personas distintas de los beneficiarios.
- d) Representar o ejecutar públicamente, por parte de una entidad autorizada; las obras a las cuales se refiere el artículo 28, con el propósito de facilitar el acceso exclusivamente a los beneficiarios.

Parágrafo 1°. Cuando se cumplan todos los presupuestos para dar aplicación a las limitaciones y excepciones consagradas en los literales a) y b) de este artículo, el beneficiario, quien actúe en su nombre, incluida la principal persona que lo cuida o se ocupe de su atención, o una entidad autorizada, podrán importar un ejemplar en formato accesible, para uso exclusivo del beneficiario, sin autorización del titular de los derechos.

Parágrafo 2°. Las limitaciones y excepciones consagradas en los literales a) y b) de este artículo se aplicarán a los derechos conexos, cuando proceda, para realizar el ejemplar en formato accesible de una obra a las cuales se refiere el literal a) del artículo 28, distribuirlo, y ponerlo a disposición de los beneficiarios mencionados en el artículo 28 literal d).

Artículo 30. Sin perjuicio de las demás obligaciones contempladas en este capítulo, toda entidad autorizada deberá establecer sus propias prácticas y las aplicará a fin de:

1. Determinar que las personas a las que sirve sean beneficiarios.
2. Limitar a los beneficiarios y/o a las entidades autorizadas la distribución y puesta a disposición de ejemplares en formato accesible.
3. Desalentar la reproducción, distribución y puesta a disposición de ejemplares no autorizados; y
4. Ejercer la diligencia debida en el uso de los ejemplares de las obras, y mantener registros de dicho uso, respetando la intimidad de los beneficiarios.

CAPÍTULO IV

Disposiciones relativas a la observancia del derecho de autor y los derechos conexos

Artículo 31. *Procedimiento ante la jurisdicción.* Las cuestiones que se susciten con motivo de la aplicación de esta ley serán resueltas por la jurisdicción ordinaria o por las autoridades administrativas en ejercicio de funciones jurisdiccionales.

Artículo 32. *Solicitud de información.* Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 33 de la Constitución Política, las autoridades judiciales competentes para resolver los procesos de infracción en materia de derecho de autor y/o derechos conexos, estarán facultadas para ordenarle al infractor que proporcione cualquier información que posea respecto de cualquier persona involucrada en la infracción, así como de los medios o instrumentos de producción o canales de distribución utilizados para ello.

Artículo 33. *Destrucción de implementos y mercancía infractora.* En los procesos sobre infracciones al derecho de autor, los derechos conexos, la elusión de medidas tecnológicas o la supresión o alteración de cualquier información sobre la gestión de derechos, el juez estará facultado para ordenar que los materiales e implementos que hayan sido utilizados en la fabricación o creación de dichas mercancías infractoras sean destruidos, a cargo de la parte vencida y sin compensación alguna, o en circunstancias excepcionales, sin compensación alguna, se disponga su retiro de los canales comerciales.

En el caso de mercancías consideradas infractoras, el juez deberá ordenar su destrucción, a cargo de quien resulte condenado en el proceso, a menos que el titular de derecho consienta en que se disponga de ellas de otra forma. En ningún caso los jueces podrán permitir la exportación de las mercancías infractoras o permitir que tales mercancías se sometan a otros procedimientos aduaneros, salvo en circunstancias excepcionales.

Artículo 34. *Indemnizaciones preestablecidas.* La indemnización que se cause como consecuencia de la infracción a los derechos patrimoniales de

autor y derechos conexos o por las conductas descritas en la presente ley, relacionadas con las medidas tecnológicas y la información para la gestión de derechos, podrá sujetarse al sistema de indemnizaciones preestablecidas o a las reglas generales sobre prueba de la indemnización de perjuicios, a elección del titular del derecho infringido. El Gobierno nacional reglamentará la materia.

Artículo 35. El artículo 3° de la Ley 1032 de 2006 que modificó el artículo 272 de la Ley 599 de 2000, quedará así:

Artículo 3°. *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 veintiséis punto sesenta y seis (26.66) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, quien con el fin de lograr una ventaja comercial o ganancia económica privada y salvo las excepciones previstas en la ley:

1. Eluda sin autorización las medidas tecnológicas efectivas impuestas para controlar el acceso a una obra, interpretación o ejecución o fonograma protegidos, o que protege cualquier derecho de autor o cualquier derecho conexo al derecho de autor frente a usos no autorizados.
2. Fabrique, importe, distribuya, ofrezca al público, suministre o de otra manera comercialice dispositivos, productos o componentes, u ofrezca al público o suministre servicios que, respecto de cualquier medida tecnológica efectiva:
 - a) Sean promocionados, publicitados o comercializados con el propósito de eludir dicha medida; o
 - b) Tengan un limitado propósito o uso comercialmente significativo diferente al de eludir dicha medida; o
 - c) Sean diseñados, producidos, ejecutados principalmente con el fin de permitir o facilitar la elusión de dicha medida.
3. Suprima o altere sin autorización cualquier información sobre la gestión de derechos.
4. Distribuya o importe para su distribución información sobre gestión de derechos sabiendo que dicha información ha sido suprimida o alterada sin autorización.
5. Distribuya, importe para su distribución, emita, comunique o ponga a disposición del público copias de las obras, interpretaciones o ejecuciones o fonogramas, sabiendo que la información sobre gestión de derechos ha sido suprimida o alterada sin autorización.
6. Fabrique, ensamble, modifique, importe, exporte, venda, arriende o distribuya por otro medio un dispositivo o sistema tangible o intangible, a sabiendas o con razones para saber que la función principal del dispositivo o sistema es asistir en la descodificación de

una señal codificada de satélite portadora de programas codificados sin la autorización del distribuidor legítimo de dicha señal.

7. Recepcione o posteriormente distribuya una señal de satélite portadora de un programa que se originó como señal por satélite codificada a sabiendas que ha sido descodificada sin la autorización del distribuidor legítimo de la señal.
8. 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.
9. Fabrique, importe, distribuya, ofrezca al público, suministre o de otra manera comercialice etiquetas falsificadas adheridas o diseñadas para ser adheridas a un fonograma, a una copia de un programa de computación, a la documentación o empaque de un programa de computación, a la copia de una película u otra obra audiovisual.
10. Fabrique, importe, distribuya, ofrezca al público, suministre o de otra manera comercialice documentos o empaques falsificados para un programa de computación.

Parágrafo. Los numerales 1 a 5 de este artículo no serán aplicables cuando se trate de una biblioteca sin ánimo de lucro, archivo, institución educativa u organismo público de radiodifusión no comercial.

Artículo 36. *Vigencia.* La presente ley rige a partir de la fecha de su publicación y deroga los artículos 58 a 71 y 243 de la Ley 23 de 1982, así como las disposiciones que le sean contrarias.

Atentamente,


MARÍA LORENA GUTIÉRREZ BOTERO
 Ministra de Comercio, Industria y Turismo


GUILLERMO RIVERA FLÓREZ
 Ministro del Interior

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

En nombre del Gobierno nacional y de acuerdo a los artículos, 200 numeral 1, de la Constitución Política de Colombia, en concordancia con los artículos 140 y siguientes de la Ley 5ª de 1992, presentamos a consideración del Honorable Congreso de la República el proyecto de ley, *Por la cual se modifica la Ley 23 de 1982 y se establecen otras disposiciones en materia de Derecho de Autor y Derechos Conexos.*

I. INTRODUCCIÓN

La innovación y la creatividad son motores determinantes de crecimiento económico. Para ello, es fundamental contar con una adecuada y efectiva protección a la propiedad intelectual que sirva para incentivar las mismas. La propiedad intelectual incluye dentro de su campo de protección al derecho de autor (compositores, autores, escritores, etc.) y a los derechos conexos (intérpretes musicales, actores, productores de fonogramas y organismos de radio y televisión).

Una protección adecuada a los derechos de autor y conexos incentiva y estimula a los creadores para continuar adelantando su actividad, a la vez asegura su remuneración económica, traducida en el bienestar material que se deriva de la correcta utilización de sus obras, lo que sin duda lo constituye en una herramienta para la construcción y consolidación de la paz.

El derecho de autor y los derechos conexos tienen un impacto social importante en el país, lo cual puede constatarse en el “Reporte sobre la información en materia de Propiedad Intelectual en Colombia”, realizado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), en el cual, a manera de ejemplo, se observa que para el año 2016 se realizaron 71.875 inscripciones en el Registro Nacional de Derecho de Autor, provenientes de todo el territorio nacional.

Las industrias del derecho de autor constituyen un fenómeno económico de relevancia que movilizan cuantiosos recursos, generan riqueza, empleo y divisas para el país. La importancia adquirida por los productos culturales en el comercio internacional de bienes –y sobre todo de servicios– determinó que los derechos intelectuales asociados a su creación y producción, sean objeto de particular interés en las negociaciones comerciales internacionales contemporáneas y en las relaciones multilaterales entre países, tal como lo evidencia el estudio titulado “*la contribución económica de las industrias del derecho de autor y los derechos conexos en Colombia*”, encargado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) y elaborado por Alberto Castañeda Cordy, Rafael Cubillos López, Armando Sarmiento López, y Jaime Vallecilla Gordillo.

Ahora bien, en el ámbito jurídico, el titular de un derecho de autor o derecho conexo ejerce un derecho de propiedad sobre su creación, derecho que goza de un rango constitucional en los términos del artículo 61 el cual consagra “*El Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley*”.

En este sentido, esta materia se encuentra regulada a través de la Decisión Andina 351 de 1993 y la Ley 23 de 1982. Esta legislación utiliza un lenguaje general que ha permitido interpretar la aplicación de los derechos a las nuevas tecnologías y permitir que no pierdan vigencia a través del tiempo; sin embargo, debe ser modificada para, de una parte,

acoger nuevas medidas de protección que responden a los adelantos tecnológicos que vivimos en la actualidad, y por otro lado, conservar el equilibrio entre los derechos de los titulares y los intereses de la sociedad a la información, la cultura y la educación, a través de las excepciones y limitaciones.

De igual manera, la actualización del régimen del derecho de autor y los derechos conexos hace parte de los compromisos que en materia comercial adquirió nuestro país en el marco de diferentes acuerdos comerciales, resaltando entre los más importantes los suscritos con Estados Unidos de América y la Unión Europea, los cuales están pendientes de implementar.

Varios de los compromisos pendientes de implementación se habían incorporado a la legislación nacional a través de la Ley 1520 sancionada el 13 de abril de 2012. No obstante, dicha ley fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-011 de 2013 por vicios de forma en el trámite de expedición. Como fundamento de su decisión la Corte identificó *“la existencia de un vicio en el procedimiento de formación de la Ley 1520 de 2012, consistente en la falta de competencia de las Comisiones Segundas del Senado de la República y de la Cámara de Representantes, para aprobar, en primer debate, la Ley 1520 de 2012, el cual condujo a la declaración de inexecutable de la mencionada ley”*.

Posteriormente, se radicó el Proyecto de ley número 306 de 2013 Cámara, el cual no culminó el trámite legislativo.

Debido a las observaciones de los sectores interesados durante el trámite de la Ley 1520 y del proyecto de ley 306, el gobierno inició en el 2013 un diálogo para escuchar las preocupaciones de los ciudadanos en relación con la norma propuesta. Dicho proceso se adelantó a través de socialización del proyecto con sectores como periodistas, titulares, academia, sector tecnología y desarrolladores, y bibliotecas y personas con discapacidad visual.

Luego de dichas reuniones los diferentes actores remitieron por escrito sus comentarios y sugerencias. A partir de ese momento, las entidades involucradas procedieron a evaluar dichos insumos, realizaron las modificaciones que consideraron pertinentes y emitieron respuesta a cada uno de los comentarios allegados. Posteriormente, el 8 de agosto de 2016 se publicó el nuevo proyecto de ley para conocimiento y consideración de la sociedad civil en general. Dicha iniciativa estuvo publicada en los sitios web de la Dirección Nacional de Derecho de Autor y del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, para comentarios hasta el 22 de septiembre de 2016. Como resultado de dicho proceso se recibieron 18 comentarios, los cuales fueron analizados de manera interinstitucional, acogiéndose varias de las propuestas presentadas.

Producto de esta socialización surgió el texto del Proyecto de ley número 146 de 2017 Senado, que se puso a consideración del honorable Congreso de la

República, proyecto que se retiró habida cuenta de las observaciones que se presentaron en el trámite legislativo derivado de algunas observaciones direccionadas a que probablemente presentaba contenidos que harían pensar que su trámite fuera estatutario.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Gobierno, con el ánimo de atender las inquietudes presentadas considera prudente presentar un nuevo texto, en donde se excluyen aquellas materias que generaron las citadas inquietudes, así como incluir otras proposiciones presentadas. En tal virtud, en primer lugar, se consideró necesario realizar una exhaustiva revisión del texto que zanjara de manera definitiva el carácter ordinario de su trámite, lo cual se explicará ampliamente en el siguiente punto de esta motivación.

En segundo lugar, dar cabida al interior del nuevo texto, de las propuestas dirigidas a los senadores ponentes, así como al acuerdo que al respecto se suscribió entre el Gobierno y la Sociedad de Autores y Compositores (Sayco).

Asimismo, se atendieron las proposiciones radicadas ante la Plenaria del Senado de la República, como resultan ser aquellas relativas a buscar ampliar en las excepciones y limitaciones al derecho de autor frente a todas las personas con discapacidad en los términos de la Ley 1618 de 2013, proposiciones lideradas por el honorable Senador Juan Manuel Galán Pachón y por la honorable Senadora Claudia Nayibe López Hernández. De igual manera, con el fin de guardar armonía en el texto se modificó por parte del Gobierno nacional del antiguo artículo 27 del Proyecto de ley número 146 de 2017 Senado.

Por otra parte, fue acogida una petición del honorable Senador Alexander López Maya y la sugerencia de la honorable Senadora Claudia Nayibe López Hernández, en relación con la redacción del antiguo párrafo 1° del artículo 10 del Proyecto de ley número 146 de 2017 Senado, respecto de la definición de medida tecnológica efectiva para agregar que una medida tecnológica efectiva es aquella que no puede ser eludida accidentalmente.

Es pertinente señalar que el presente proyecto de ley así como el Proyecto de ley número 146 de 2017 Senado, fueron trabajados de manera interinstitucional por la Dirección Nacional de Derecho de Autor, los Ministerios de Comercio, Industria y Turismo, Cultura, Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, Interior y Educación. Su objetivo es salvaguardar la identidad nacional, y aprovechar el potencial que brinda el nuevo entorno digital, reconociendo como una de las principales riquezas de Colombia el trabajo de nuestros autores, artistas y productores.

Con la modificación propuesta a la ley de derecho de autor se busca brindar a los creadores de obras, músicos, actores, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión, herramientas para que ejerzan de manera eficiente sus derechos. De otra parte, se establecen nuevas limitaciones al ejercicio

de los derechos patrimoniales de autor, se crean excepciones a la responsabilidad por la elusión de medidas tecnológicas, se regula el régimen de obras huérfanas, así como la realización y el uso de ejemplares de obras en formatos accesibles. Estos instrumentos preservan el balance entre el derecho de autor y la utilización de las obras para fines informativos, culturales y de educación.

Así las cosas, con la finalidad de armonizar el ejercicio de esta forma especial de propiedad, con los avances tecnológicos y con los compromisos internacionales, el Gobierno nacional solicita se le dé trámite a la presente iniciativa que modifica la Ley 23 de 1982 y complementa la legislación nacional en materia de derecho de autor y derechos conexos.

II. CARÁCTER ORDINARIO DEL PROYECTO DE LEY

El artículo 152 de la Constitución Política de Colombia señala que las leyes estatutarias regulan las siguientes materias:

- a) *Derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección;*
- b) *Administración de justicia;*
- c) *Organización y régimen de los partidos y movimientos políticos; estatuto de la oposición y funciones electorales;*
- d) *Instituciones y mecanismos de participación ciudadana.*
- e) *Estados de excepción.*
- f) *La igualdad electoral entre los candidatos a la Presidencia de la República que reúnan los requisitos que determine la ley”.*

Por otra parte debemos mencionar que a los autores se les reconocen unos derechos de carácter moral y otros de carácter patrimonial, siendo los primeros los considerados como derechos fundamentales. Como lo reconoce la Corte Constitucional en la Sentencia C-155 de 1998:

“(…) los derechos morales de autor se consideran derechos de rango fundamental, en cuanto la facultad creadora del hombre, la posibilidad de expresar las ideas o sentimientos de forma particular, su capacidad de invención, su ingenio y en general todas las formas de manifestación del espíritu, son prerrogativas inherentes a la condición racional propia de la naturaleza humana, y a la dimensión libre que de ella se deriva. Desconocer al hombre el derecho de autoría sobre el fruto de su propia creatividad, la manifestación exclusiva de su espíritu o de su ingenio, es desconocer al hombre su condición de individuo que piensa y que crea, y que expresa esta racionalidad y creatividad como manifestación de su propia naturaleza. Por tal razón, los derechos morales de autor deben ser protegidos como derechos que emanan de la misma condición de hombre” (Subrayado y negrita por fuera de texto original).

En el presente proyecto de ley, se hacen modificaciones y adiciones a la Ley 23 de 1982, sin embargo, el articulado propuesto en ninguna de sus partes hace referencia a los derechos morales, que son los que por su naturaleza fundamental podrían implicar, si se regulara su núcleo fundamental, recurrir al trámite estatutario.

El proyecto también consagra nuevas limitaciones y excepciones al derecho de autor y los derechos conexos, entre cuyos beneficiarios se encuentran usuarios en general, así como las bibliotecas, las personas con discapacidad y las instituciones educativas, que por su naturaleza pueden tener relación con algunos derechos fundamentales. Sin embargo, sobre este punto es preciso resaltar que no todos los proyectos de ley que se relacionen de alguna forma con derechos fundamentales deben ser tramitados y aprobados como leyes estatutarias.

Puntualmente la Corte Constitucional ha manifestado en reiteradas ocasiones que solo pueden llevarse mediante este trámite especial aquellas normas que desarrollen el contenido de derechos fundamentales, estableciendo elementos conceptuales o estructurales que modifiquen su ejercicio, y por tanto abordan aspectos relacionados con el núcleo esencial de estos, razón por la cual no se debe considerar que todas las normas que tengan un acercamiento o relación a un derecho fundamental tienen que someterse al trámite estatutario.

Al respecto es pertinente citar a la Corte Constitucional, que ha definido el núcleo esencial de los derechos fundamentales de la siguiente manera:

*“El núcleo esencial se ha definido como el mínimo de contenido que el legislador debe respetar, es esa parte del derecho que lo identifica, que permite diferenciarlo de otros y que otorga un necesario grado de inmunidad respecto de la intervención de las autoridades públicas. Y, en sentido negativo debe entenderse **“el núcleo esencial de un derecho fundamental como aquel sin el cual un derecho deja de ser lo que es o lo convierte en otro derecho diferente o lo que caracteriza o tipifica al derecho fundamental y sin lo cual se le quita su esencia fundamental”**¹ (Subrayado y negrita por fuera de texto).*

Así mismo, cuando se ha analizado si una norma es estatutaria o no, dado su grado de especialidad, la Corte mediante Sentencia C-434 de 1996 ha señalado que:

*“(…) solamente se requiere de este trámite especial cuando la ley regula **“de manera integral un mecanismo de protección de derechos fundamentales”, siempre que se trate de un mecanismo constitucional necesario e indispensable para la defensa y protección de un derecho fundamental”**. (Subrayado y negrita por fuera de texto).*

Específicamente, frente a las limitaciones y excepciones, la Sentencia C-035 del 2015, que

¹ Sentencia C-511 del 2013.

abordó la constitucionalidad de la Ley 1680 del 2013, que introducía flexibilidades en favor de personas con discapacidad visual, la Corte manifestó que al ser este un límite a los derechos patrimoniales de los titulares de las obras, dicha ley no debía someterse a la reserva estatutaria, concluyendo frente a la materia, que *“la reserva de ley estatutaria únicamente cobijaría la regulación de la faceta moral de los derechos de autor”*, por lo tanto las restricciones *“a derechos patrimoniales no está sujeta al trámite señalado en el artículo 152 de la Carta”*.

Adicionalmente, la Corte Constitucional ha manifestado reiteradamente frente a demandas de constitucionalidad, que la mera relación de una norma con un derecho fundamental no implica acudir al trámite estatutario pues *“se vaciaría la competencia del legislador ordinario. La misma Corte autoriza al Congreso, para expedir, por la vía ordinaria, códigos en todos los ramos de la legislación. El Código Penal regula facetas de varios derechos fundamentales cuando trata de las medidas de detención preventiva, penas y medidas de seguridad imponibles, etc. Los códigos de procedimiento sientan las normas que garantizan el debido proceso. El Código Civil se ocupa de la personalidad jurídica y de la capacidad de las personas. En resumen, mal puede sostenerse que toda regulación de estos temas haga forzoso el procedimiento previsto para las leyes estatutarias”*.

“Las leyes estatutarias están encargadas de desarrollar los textos constitucionales que reconocen y garantizan los derechos fundamentales. No fueron creadas dentro del ordenamiento con el fin de regular en forma exhaustiva y casuística todo evento ligado a los derechos fundamentales”. (Sentencia C-013 de 1993). (Subrayado y negrita por fuera de texto).

Al respecto y de cara a excluir cualquier contenido que pudiera vincularse con temas estatutarios se decide prescindir del literal d) del artículo 5° del Proyecto de ley número 146 de 2017 Senado, donde se definía el concepto de publicación de una interpretación o ejecución o de un fonograma. Al respecto es necesario recordar que el concepto de publicación se encuentra íntimamente relacionado con el de divulgación, el cual a su vez debe articularse con el derecho moral de ineditud, consagrado este último tanto en la Ley 23 de 1982 en su artículo 30 como en el artículo 11 de la Decisión Andina 351.

En definitiva, al presente proyecto de ley no se le debe dar trámite estatutario, puesto que sus disposiciones no abordan directamente la modificación o estructura los derechos morales de autor, ni alteran su ejercicio, y al incorporar limitaciones y excepciones tampoco afecta el núcleo esencial de derechos fundamentales, razón por la cual el Gobierno nacional considera que el procedimiento para su trámite debe ser el ordinario.

III. ANÁLISIS DE LAS DISPOSICIONES DEL PROYECTO DE LEY

A través del presente Proyecto de ley se pretende regular seis temas:

1. Derechos de los autores, intérpretes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión.
2. Excepciones y limitaciones a estos derechos para educación, información y cultura.
3. Protección a las medidas tecnológicas y la información sobre gestión de derechos, que implica medidas para evitar la elusión de tecnologías utilizadas para proteger el acceso y los derechos en el entorno digital.
4. Obras huérfanas.
5. Disposiciones relativas a los ejemplares de obras en formatos accesibles; y,
6. Disposiciones relativas a la observancia del derecho de autor y los derechos conexos.

A continuación se formula una explicación a cada una de las disposiciones objeto del proyecto:

OBJETO DEL PROYECTO LEY

El proyecto de ley tiene por objeto brindar a los creadores de obras, músicos, actores, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión, herramientas para que ejerzan de manera eficiente sus derechos. De otra parte, se establecen nuevas limitaciones al ejercicio de los derechos patrimoniales de autor, se regula el régimen de obras huérfanas, así como, se crean excepciones a la responsabilidad por la elusión de medidas tecnológicas. Estos instrumentos ofrecen un balance entre el derecho de autor y la utilización de las obras para fines informativos, culturales y de educación.

En segundo lugar, el proyecto pretende implementar una serie de compromisos de carácter comercial adquiridos en el marco de los acuerdos suscritos con los Estados Unidos de América y la Unión Europea.

CONTENIDO DEL PROYECTO DE LEY

1. Actualización de disposiciones generales

Acorde con el contenido de los artículos 1°, 2°, 9° y 10 del proyecto de ley, se establece una presunción de titularidad, y se incluye de manera expresa como objeto de protección los fonogramas publicados por primera vez en el país.

Por su parte el artículo 1° introduce dos presunciones que deberán tenerse en cuenta en los procedimientos civiles, administrativos y penales, según las cuales: i) la persona cuyo nombre sea indicado, se tendrá por titular de los derechos de la obra, y ii) el derecho de autor subsiste en relación con la obra, en ausencia de prueba en contrario.

Asimismo, el artículo 9° introduce frente a los derechos conexos respecto de los procedimientos civiles, administrativos y penales, dos presunciones según las cuales: i) la persona cuyo nombre o seudónimo o marca u otra designación, se hubiere divulgado la interpretación o ejecución o fonograma,

se tendrá por titular de los derechos y ii) que salvo prueba en contrario, la interpretación o ejecución o fonograma, se encuentran protegidos.

Téngase presente que las presunciones señaladas para los artículos 1° y 9° no abordan la atribución de los derechos entre los titulares del derecho, ya que tal materia es regulada a través de los diferentes mecanismos de transferencia de derechos previstos en la legislación nacional. Razón por la cual el artículo 10 precisa que las personas naturales o jurídicas, a las que en virtud de acto o contrato se les transfieran derechos patrimoniales de autor o conexos, serán considerados como titulares de esos derechos.

El artículo 2° incluye dentro de los objetos protegidos los fonogramas publicados por primera vez en el país, incluidos aquellos publicados por extranjeros dentro de los 30 días siguientes a la publicación inicial en otro país.

Las anteriores modificaciones, a la vez que actualizan el régimen de derecho de autor y conexos, ofrecen herramientas jurídicas para que creadores, intérpretes, productores y organismos de radiodifusión, acudan de manera eficiente a los procesos civiles, administrativos y penales en defensa de sus derechos.

2. Derechos de los autores, intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas.

Los artículos 3° a 11 reafirman y actualizan los derechos y obligaciones de los titulares de derecho de autor y derechos conexos.

De esta manera, mientras los artículos 3°, 7° y 8° definen de manera precisa las características patrimoniales de los derechos de fijación, reproducción, comunicación al público, radiodifusión, puesta a disposición, distribución, importación, alquiler, traducción o transformación de obras, interpretaciones o ejecuciones y fonogramas; los artículos 4° y 11, conforme a los estándares internacionales, establecen un nuevo término de protección siempre que los titulares sean personas a jurídicas, el cual se incrementa en 20 años y se fija en 70 años contados a partir del final del año calendario de la primera publicación autorizada de la obra, interpretación o fonograma. Por su parte, el artículo 5° incluye nuevas definiciones para los derechos conexos (Radiodifusión, Comunicación al público de una interpretación o ejecución fijada en un fonograma o de un fonograma, comunicación al público de una interpretación o ejecución fijada en obras y grabaciones audiovisuales, y publicación de una interpretación o ejecución y de un fonograma).

Las modificaciones más significativas en esta disposición respecto de la legislación anterior se presentan en materia de derecho de reproducción y del derecho de comunicación al público. En el primero de los casos se reconoce expresamente como derecho de reproducción el almacenamiento temporal en forma electrónica. En cuanto al derecho de comunicación al público, se aclara que también constituye uno de estos actos la puesta a disposición

al público de una obra protegida, de tal forma que cualquier persona pueda tener acceso a esta desde el lugar y en el momento que elija.

Adicionalmente, se aclara la figura del agotamiento del derecho de distribución, señalando que el derecho de distribución se agota con la primera venta únicamente respecto de las sucesivas reventas, pero no agota ni afecta el derecho exclusivo de autorizar o prohibir el alquiler comercial y préstamo público de los ejemplares vendidos. Al respecto es importante señalar que el artículo 3° de la Decisión Andina 351 de 1993 define la copia o el ejemplar como el soporte material que contiene la obra, como resultado de un acto de reproducción.

Finalmente, el artículo 6° del proyecto exige la autorización tanto del autor, como del artista intérprete o ejecutante y del productor de fonogramas, para los casos en que a los tres se les ha reconocido un derecho exclusivo sobre el mismo objeto protegido.

3. Medidas tecnológicas efectivas e información sobre gestión de derechos

El Internet surge como un nuevo canal de comercialización de obras y otras prestaciones intelectuales protegidas (interpretaciones o ejecuciones, fonogramas y señales emitidas por los organismos de radiodifusión).

De tal manera, los autores, intérpretes musicales, actores, productores de fonogramas, y organismos de radio y televisión, cuentan con la posibilidad de poner a disposición en Internet sus obras, interpretaciones, fonogramas y señales, algunos de manera gratuita y otros motivados por un interés económico. En estos casos es posible establecer medidas tecnológicas que permitan controlar el acceso a estos bienes protegidos por el Estado colombiano.

De otra parte, para la comercialización en línea de contenido protegido se han desarrollado sistemas de gestión de derechos. Estos sistemas establecen las condiciones y términos de uso: cómo, quién, cuánto, dónde, en qué forma, es posible hacer un uso legal de la obra o prestación.

Bajo este entendido, el artículo 12 contempla la posibilidad de encausar civilmente aquellos usuarios que:

1. “Rompan el candado” o se sirvan de cualquier tipo de medio con el objetivo de acceder o usar ilegalmente una obra o prestación protegida a través de una medida tecnológica.
2. Supriman la información necesaria para gestionar los derechos de autor y conexos.

Como una medida para conservar el balance entre el derecho de autor y el derecho a la educación, la información y la cultura, el proyecto de ley consagra en su artículo 13 un sistema de excepciones a la responsabilidad por la elusión de medidas tecnológicas, entre las cuales se cuentan las actividades de ingeniería inversa, inclusión de componentes para prevenir el acceso de menores

a contenido inapropiado (Controles Parentales), acceso por parte de las bibliotecas, usos de obras o prestaciones amparados por una limitación y excepción, actividades de investigación, protección, seguridad de la información llevada a cabo por agentes del gobierno. Acorde con lo descrito por el artículo 14, el alcance de las normas anteriores solo se predica respecto de obras y prestaciones que al momento de la entrada en vigencia de la ley no se encuentren en el dominio público.

Finalmente, al tenor de artículo 15 la existencia y alcance de la medida incorporada para controlar el acceso o uso no autorizado de las obras, interpretaciones o ejecuciones, fonogramas y emisiones de los organismos de radiodifusión deberá ser informada.

4. Aspectos relacionados con las limitaciones y excepciones al derecho de autor y derechos conexos

Como una segunda herramienta de balance entre el derecho de autor y el derecho a la educación, la información y la cultura, el proyecto de ley consagra en su artículo 16 cinco nuevas limitaciones al derecho de autor y los derechos conexos, a saber: i) la reproducción temporal que no tenga por sí misma una significación económica independiente, ii) el préstamo público de ejemplares físicos adelantado por bibliotecas, iii) la puesta a disposición de ejemplares digitales a través de terminales dispuestos por la biblioteca para la consulta de obras y prestaciones, iv) la parodia y caricatura y v) enseñanza.

Como una tercera herramienta de balance, el artículo 17 establece un procedimiento trianual con el fin de determinar la necesidad de presentar ante Congreso un proyecto de ley que reforme o consagre nuevas limitaciones al derecho de autor y los derechos conexos.

5. Disposiciones relativas a las obras huérfanas

En el Capítulo II del proyecto (artículos 18 a 27) se establece la regulación de las obras huérfanas, entendidas como tales las obras o fonogramas que estén protegidas por el derecho de autor o derechos conexos y que hayan sido publicadas por primera vez en Colombia o, a falta de publicación, cuya primera radiodifusión haya tenido lugar en Colombia, en los que ninguno de los titulares de los derechos sobre dicha obra o fonograma está identificado o si, de estarlo uno o más de ellos no ha sido localizado a pesar de haber efectuado una búsqueda diligente de los mismos (artículo 18).

En el artículo 19 se precisa que cuando existan varios titulares de derechos sobre una misma obra o un mismo fonograma y no hayan sido identificados o, a pesar de haber sido identificados, no hayan sido localizados tras haber efectuado una búsqueda diligente, la obra o el fonograma se podrán utilizar, siempre que los titulares de derechos que hayan sido identificados y localizados hayan autorizado, en relación con los derechos que ostenten.

El artículo 20 establece las personas autorizadas para utilizar obras huérfanas, como lo son las bibliotecas, los centros de enseñanza, los museos, los archivos, los organismos de conservación del patrimonio cinematográfico o sonoro y los organismos públicos de radiodifusión; así mismo, precisa el ámbito de aplicación del uso de las obras huérfanas, señalando en concreto el tipo de creaciones que pueden utilizarse y los fines que deben perseguirse con el uso.

Los artículos 21, 22 y 23 regulan la forma en la cual deberá efectuarse la búsqueda diligente, la manera en que se prueba esa búsqueda diligente y los usos concretos que pueden realizarse en relación con las obras huérfanas.

El artículo 24 deja a salvo la posibilidad para que el titular de los derechos sobre una obra o un fonograma considerada huérfana ponga fin a dicha condición reclamando sus derechos. Y el artículo 25 precisa que en tales casos el titular recibirá una compensación equitativa por el uso que se haya hecho de dichas obras, lo cual deberá ser reglamentado por el Gobierno nacional.

Los artículos 26 y 27 por su parte hace aclaraciones respecto de la vigencia de los derechos de patente, las marcas comerciales, los modelos de utilidad, los diseños industriales, la protección del patrimonio nacional, los requisitos sobre depósito legal, la legislación sobre prácticas restrictivas y competencia desleal, el secreto comercial, etc.; y sobre la aplicación de las disposiciones sobre obras huérfanas en el tiempo.

6. Disposiciones relativas a los ejemplares de obras en formatos accesibles

A través del Capítulo III (artículo 28 a 30) se regula el uso de ejemplares de obras en formatos accesibles. La pretensión de este capítulo es implementar el Tratado de Marrakech “*para facilitar el acceso a las obras publicadas a las personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso*”, adoptado el 27 de junio de 2013, en Marrakech, por la Conferencia Diplomática “*sobre la conclusión de un tratado que facilite a las personas con discapacidad visual y a las personas con dificultad para acceder al texto impreso el acceso a las obras publicadas*”, suscrito por el Gobierno colombiano al finalizar la Conferencia Diplomática, cuya ratificación se encuentra pendiente por parte del Estado colombiano. De igual manera, estas disposiciones se armonizaron con la Ley 1618 de 2013 “*por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad*”.

En consecuencia con lo anterior, el artículo 28 establece las definiciones de obras, ejemplar en formato accesible, entidad autorizada, beneficiario y Tratado de Marrakech, precisando que las mismas tienen aplicación para los efectos de este capítulo. Por su parte, el artículo 29 establece las limitaciones y excepciones al derecho de autor, a través de las cuales se permite el uso de obras por parte de las

personas en situación de discapacidad en los términos de la Ley 1618 de 2013 en la medida justificada por el fin que se persiga.

Para finalizar el capítulo, el artículo 30 establece una serie de obligaciones en cabeza de las entidades autorizadas a fin de determinar que las personas a las que sirve sean beneficiarios; limitar a los beneficiarios y/o a las entidades autorizadas la distribución y puesta a disposición de ejemplares en formato accesible; desalentar la reproducción, distribución y puesta a disposición de ejemplares no autorizados; y ejercer la diligencia debida en el uso de los ejemplares de las obras, y mantener registros de dicho uso, respetando la intimidad de los beneficiarios.

7. Disposiciones relativas a la observancia del derecho de autor y los derechos conexos

El artículo 31 del proyecto de ley señala la jurisdicción ordinaria como la competente para adelantar las causas que tengan por objeto el adecuado ejercicio de los derechos y obligaciones establecidos en el proyecto.

En la actualidad, las normas de procedimiento civil no establecen como facultad del juez, ordenar al infractor que proporcione la información relacionada con la transgresión, tal como la identidad de quienes participaron en la comisión de la infracción. Por tal razón, el artículo 32 del proyecto de ley dispone la facultad de los jueces de ordenar al infractor que proporcione información sobre terceros involucrados en la infracción y los instrumentos de comercialización y distribución utilizados. Naturalmente, el infractor conserva su derecho de no autoincriminarse ni de incriminar personas de su círculo familiar, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 33 de la Constitución Política. El artículo 1° de la Ley 1648 de 2013, *por medio de la cual se establecen medidas de observancia a los Derechos de Propiedad Industrial*, describe una norma de idénticas características relacionada con procesos civiles en materia de propiedad industrial.

El artículo 33 del proyecto de ley establece que, luego de un proceso sobre infracción de derecho de autor o conexos y cuando el juez determine que las mercancías son efectivamente infractoras, las mismas sean destruidas salvo casos excepcionales o cuando el titular del derecho disponga otra cosa, y en todo caso serán retiradas de los canales comerciales.

Si bien la legislación nacional prevé la destrucción de mercancías infractoras, así como también de elementos con los que se configura la infracción, de todas formas, dichas normas no resultan suficientes para dar cumplimiento a los compromisos citados.

En efecto, no es claro que la orden de destrucción de mercancías infractoras y de elementos y materiales utilizados en la infracción, sea la regla general y que solo bajo circunstancias excepcionales, se disponga otro destino de dichos bienes, tal como la donación con fines de caridad. Por tal razón, resulta necesaria

la modificación normativa, con el fin de establecer que, luego de un proceso sobre infracción de derechos de autor o conexos y cuando el juez determine que las mercancías son efectivamente infractoras, sean destruidas salvo casos excepcionales o cuando el titular del derecho disponga otra cosa, y en todo caso, sean retiradas de los canales comerciales. El artículo 2° de la Ley 1648 de 2013, *por medio de la cual se establecen medidas de observancia a los Derechos de Propiedad Industrial*, describe una norma de idénticas características relacionada con infracciones marcarias.

El artículo 34 faculta al titular del derecho infringido para escoger bajo cuál sistema hará exigible los daños y perjuicios que el infractor le hubiere ocasionado al violar su derecho.

A tales efectos el lesionado podrá elegir entre demostrar en un proceso el costo de los daños y perjuicios sufridos, o acogerse a un monto establecido por el sistema de indemnizaciones que sería regulado por el Gobierno en ejercicio de facultades reglamentarias. El artículo 3° de la Ley 1648 de 2013, *por medio de la cual se establecen medidas de observancia a los Derechos de Propiedad Industrial*, describe una norma de idénticas características relacionada con procesos civiles en materia de infracciones marcarias.

Finalmente, en el artículo 35 se incluyó la comisión de conductas punibles que violen los derechos patrimoniales de autor y conexos, modificando el artículo 272 del Código Penal, con el objetivo de tipificar la violación a los mecanismos de protección de derecho de autor y derechos conexos, así como la fabricación, importación, distribución, ofrecimiento al público, suministro de etiquetas falsificadas adheridas a un fonograma, obra audiovisual, o programa de computador y la fabricación, importación, distribución, ofrecimiento al público, suministro de documentos falsificados o empaques para programas de computador.

Los anteriores artículos no solo permiten cumplir con los compromisos adquiridos en el marco de acuerdos comerciales suscritos con los Estados Unidos y la Unión Europea, al mismo tiempo ofrecen una protección legal apropiada a los autores, intérpretes musicales y audiovisuales, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión.

Recordemos que, gracias a nuestros músicos, escritores, actores, artistas, libretistas, productores de televisión, ha sido posible que en la industria del entretenimiento interna y externa consuma productos colombianos, situación que no solo se ve representada en ingresos de tipo económico, al mismo tiempo en la reafirmación y exportación de la identidad colombiana. Estas razones son suficientes para que el Estado colombiano ofrezca a sus autores y artistas una sólida estructura jurídica que garantice en el ejercicio de su profesión una forma de vida digna y en consecuencia la consolidación de nuestra identidad como nación.

Por estas razones, sometemos a consideración del Congreso de la República el presente proyecto de ley.

Atentamente,


MARÍA LORENA GUTIÉRREZ BOTERO
 Ministra de Comercio, Industria y Turismo


GUILLERMO RIVERA FLÓREZ
 Ministro del Interior

SENADO DE LA REPÚBLICA
 Secretaría General
 (Arts. 139 y ss. Ley 5ª de 1992)

El día... del mes de abril del año... se radicó en este Despacho el Proyecto de ley número 206, con todos y cada uno de los requisitos constitucionales y legales, por el Ministro del Interior doctor *Guillermo Rivera Flórez* y la Ministra de Comercio, Industria y Turismo doctora *María Lorena Gutiérrez Botero*.

El Secretario General,

Gregorio Eljach Pacheco.

SENADO DE LA REPÚBLICA
 SECRETARÍA GENERAL
 Tramitación de Leyes

Bogotá, D. C., 5 de abril de 2018

Señor Presidente:

Con el fin de repartir el Proyecto de ley número 206 de 2018 Senado, *por la cual se modifica la Ley*

23 de 1982 y se establecen otras disposiciones en materia de derecho de autor y derechos conexos, me permito remitir a su despacho el expediente de la mencionada iniciativa, presentada el día de hoy ante Secretaría General del Senado de la República por el Ministro del Interior, doctor *Guillermo Rivera Flórez* y la Ministra de Comercio, Industria y Turismo, doctora *María Lorena Gutiérrez Botero*. La materia de que trata el mencionado proyecto de ley es competencia de la Comisión Primera Constitucional Permanente del Senado de la República, de conformidad con las disposiciones constitucionales y legales.

El Secretario General,

Gregorio Eljach Pacheco.

PRESIDENCIA DEL HONORABLE
 SENADO DE LA REPÚBLICA

Bogotá, D. C., 5 de abril de 2018

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

Cumplase.

El Presidente del honorable Senado de la República,

Efraín José Cepeda Sarabia.

El Secretario General del honorable Senado de la República,

Gregorio Eljach Pacheco.

CONCEPTOS JURÍDICOS

CONCEPTO JURÍDICO MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO AL INFORME DE PONENCIA PARA TERCER DEBATE AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 261 DE 2017 SENADO, 272 DE 2017 CÁMARA

por medio de la cual se crea el Fondo Nacional de Residencias Médicas y se reglamenta el Sistema de Residencias Médicas en Colombia.

1.1

Bogotá, D. C.

Honorable Congresista

NADYA GEORGETTE BLEL SCAFF

Senado de la República

Congreso de la República

Ciudad

Asunto: Comentarios al informe de ponencia para tercer debate al Proyecto de ley número 261 de 2017 Senado, 272 de 2017 Cámara, por medio de la cual se crea el Fondo Nacional de Residencias Médicas y se reglamenta el Sistema de Residencias Médicas en Colombia.

Respetada Presidente:

De manera atenta me permito presentar los comentarios y consideraciones del Ministerio de Hacienda y Crédito Público al informe de ponencia para tercer debate al proyecto de ley del asunto, en los siguientes términos:

El presente proyecto, de iniciativa parlamentaria, tiene por objeto "*crear el Sistema Nacional de Residencias Médicas en Colombia que permita garantizar las condiciones adecuadas para la formación académica y práctica del talento humano en salud que cursa programas académicos de especialización médico-quirúrgicas como apoyo al Sistema General de Seguridad Social en Salud, crea el Fondo Nacional de Residencias Médicas y establece medidas de fortalecimiento para los escenarios de práctica del área de la salud*".

En desarrollo de lo anterior, el artículo 6 de la iniciativa plantea la creación del Fondo Nacional de Residencias como una subcuenta de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES), entidad que

tendría a su cargo el giro directo de los recursos a la Institución Prestadora de los Servicios de Salud, previa verificación del cumplimiento del contrato especial para la práctica formativa de médicos residentes, el convenio docencia-servicio y de los programas de investigación y/o fortalecimiento del escenario de práctica, así como la evaluación de desempeño del mismo.

Por su parte, el artículo 7° del proyecto de ley establece que el Fondo Nacional de Residencias se financiará con dos clases de recursos: i) los del programa de becas crédito establecidos en el parágrafo 1° del artículo 193 de la Ley 100 de 1993 y ii) con el 0,5% de los recursos recaudados para el régimen contributivo de salud, incluidos los regímenes especiales; adicionalmente, este artículo propone que los actuales beneficiarios de las becas sean reconocidos automáticamente como beneficiarios del Fondo.

Al respecto, sea lo primero decir que, de conformidad con el artículo 154¹ de la Carta Política, las leyes pueden originarse en cualquiera de las dos Cámaras a iniciativa de sus respectivos integrantes, por iniciativa del Gobierno nacional, por las entidades señaladas en el artículo 156 o por iniciativa popular en los casos previstos en la Constitución Política, sin embargo, existen materias en las que la iniciativa para su creación o reforma es exclusiva del Gobierno. De tal suerte que, si un proyecto de ley busca regular de manera parcial o total asuntos de iniciativa privativa del Ejecutivo, como es el caso de la determinación y modificación de la estructura de las entidades de la administración pública nacional², debe contar con el consentimiento expreso del Gobierno nacional.

¹ Artículo 154. *Las leyes pueden tener origen en cualquiera de las Cámaras a propuesta de sus respectivos miembros, del Gobierno nacional, de las entidades señaladas en el artículo 156, o por iniciativa popular en los casos previstos en la Constitución.*

No obstante, solo podrán ser dictadas o reformadas por iniciativa del Gobierno las leyes a que se refieren los numerales 3, 7, 9, 11 y 22 y los literales a), b) y e) del numeral 19 **del artículo 150**, las que ordenen participaciones en las rentas nacionales o transferencias de las mismas; las que autoricen aportes o suscripciones del Estado a empresas industriales o comerciales y las que decreten exenciones de impuestos, contribuciones o tasas nacionales.

Las Cámaras podrán introducir modificaciones a los proyectos presentados por el Gobierno.

Los proyectos de ley relativos a los tributos iniciarán su trámite en la Cámara de Representantes y los que se refieran a relaciones internacionales, en el Senado. (Subrayado y negrilla fuera de texto).

² Artículo 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (...)

7. Determinar la estructura de la administración nacional y crear, suprimir o fusionar ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y otras entidades del orden nacional, señalando sus objetivos y estructura orgánica; reglamentar la creación y funcionamiento de las Corporaciones Autónomas Regio-

A este respecto, se ha pronunciado la jurisprudencia de la Corte Constitucional, indicando³:

“...Partiendo del enunciado de dicho artículo, la Corte ha precisado que corresponde al Legislador la determinación de la estructura de la Administración nacional. En desarrollo de dicha competencia, debe definir los elementos de esa estructura, la tipología de la entidad y sus interrelaciones⁴. Así mismo, el Congreso tiene la potestad consecuentemente de fusión, transformación y supresión de dichos organismos⁵. No obstante, la competencia a que se refiere el numeral 7 del artículo 150 Superior no supone un ejercicio totalmente independiente por parte del Congreso de la República, pues es necesario contar con la participación gubernamental para expedir o reformar las leyes referentes a la estructura de la Administración nacional, toda vez que la iniciativa para su adopción pertenece en forma exclusiva al Gobierno nacional de conformidad con lo preceptuado en el artículo 154 Superior⁶.

En ese orden de ideas, en la jurisprudencia de la Corporación se ha explicado que “i) la función de determinar la estructura de la administración nacional, **no se agota con la creación, supresión o fusión de los organismos que la integran, sino que abarca proyecciones mucho más comprensivas** que tienen que ver con el señalamiento de la estructura orgánica de cada uno de ellos, la precisión de sus objetivos, sus funciones generales y la vinculación con otros organismos para fines del control⁷, **así como también regular los asuntos relacionados con el régimen jurídico de los trabajadores, con la contratación y con las materias de índole presupuestal y tributario**, entre otras”. (Negrilla fuera de texto).

Ahora bien, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la potestad privativa del Ejecutivo ha sido entendida no como una restricción del Congreso para presentar proyectos de ley, sino como la facultad que tiene el Gobierno nacional para presentar iniciativas sobre asuntos específicos y sobre las cuales requiere la anuencia de este.

En este contexto, el proyecto correspondiente deberá contar con el consentimiento expreso del Gobierno, lo que en el precedente judicial de la Corte Constitucional se ha denominado “aval del gobierno”⁸, el cual puede ser dado por el Presidente de la República o “...ser otorgado por el ministro

nales dentro de un régimen de autonomía; así mismo, crear o autorizar la constitución de empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta”.

³ Sentencia C-251 de 2011.

⁴ Sentencia C-1190 de 2000.

⁵ Sentencia C-299 de 1994.

⁶ Sentencia C-012 de 2003.

⁷ Sentencia C-299 de 1994.

⁸ Sentencia C-177 de 2007.

*titular de la cartera que tiene relación con los temas materia del proyecto...*⁹:

“Por lo tanto, con base en una interpretación flexible de las disposiciones constitucionales que fijan el marco de las funciones del Congreso, se ha sostenido que el consentimiento dado por el Gobierno a un proyecto de ley de iniciativa reservada y la participación activa de este en el proceso formativo de la ley, subsanan la vulneración de la iniciativa legislativa reservada en las materias señaladas en el artículo 154 superior. Dicho consentimiento se expresa en esos casos mediante la figura que jurisprudencialmente se ha denominado “aval del Gobierno”.

La Corte ha fijado las condiciones para entender otorgado dicho “aval”. Por ejemplo ha afirmado que dicho consentimiento debe encontrarse probado dentro del trámite legislativo, aunque también ha sostenido que no existen fórmulas sacramentales para manifestarlo. Incluso, en determinadas circunstancias, se ha aceptado que ante la ausencia de prueba escrita del aval dado por el Gobierno a una determinada disposición durante el trámite legislativo, se tome en cuenta la mención que al respecto se haya hecho en las ponencias respectivas. Por ejemplo, se ha entendido que se ha otorgado el aval cuando en el expediente legislativo consta la presencia del Ministro en la sesión correspondiente y por la ausencia en dicho trámite de elementos que contradigan el otorgamiento de dicho aval.

También ha sostenido la Corte en que el aval solo pueden otorgarlo los ministros o por quien haga sus veces, pero no cualquiera de ellos sino solo de aquel cuyas funciones tengan alguna relación temática o conexión con el proyecto de ley. Además ha dicho que es necesario que la coadyuvancia se manifieste oportunamente, es decir, antes de su aprobación en las plenarias, y que sea presentada por el ministro ante la Cámara donde se esté tramitando el proyecto de ley. (Negrilla fuera de texto).

Dicho esto, para esta Cartera es claro que la creación del Fondo Nacional de Residencias como una subcuenta de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES), se encuadra dentro de las materias privativas del Ejecutivo, esto es la determinación y modificación de la estructura de las entidades del orden nacional. En ese orden de ideas, al no contar el Congreso con el aval del Gobierno representado en esta Cartera, de acuerdo con sus competencias, la insistencia del trámite legislativo del mencionado proyecto devendrá en inconstitucional.

Aunado a lo expuesto, también debe tenerse en cuenta que de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 66 de la Ley 1753 de 2015¹⁰ sobre el manejo de los recursos de la ADRES, se dispuso que: “La

presupuestación y contabilización de los recursos administrados no se hará por subcuentas”. A este respecto, es importante considerar que esta ley por tratarse del Plan Nacional de Desarrollo (PND) actualmente vigente tiene prelación sobre las demás leyes, lo que quiere decir que las leyes que desarrollen una materia contenida en la Ley del PND vigente dará como resultado que las normas del Plan serán aplicadas de forma preferente. En efecto, el artículo 341 superior sostiene que:

“**Artículo 341.** El gobierno elaborará el Plan Nacional de Desarrollo con participación activa de las autoridades de planeación, de las entidades territoriales y del Consejo Superior de la Judicatura y someterá el proyecto correspondiente al concepto del Consejo Nacional de Planeación; oída la opinión del Consejo procederá a efectuar las enmiendas que considere pertinentes y presentará el proyecto a consideración del Congreso, dentro de los seis meses siguientes a la iniciación del periodo presidencial respectivo.

(...)

El Plan Nacional de Inversiones se expedirá mediante una ley que tendrá prelación sobre las demás leyes; en consecuencia, sus mandatos constituirán mecanismos idóneos para su ejecución y suplirán los existentes sin necesidad de la expedición de leyes posteriores, con todo, en las leyes anuales de presupuesto se podrán aumentar o disminuir las partidas y recursos aprobados en la ley del plan. Si el Congreso no aprueba el Plan Nacional de Inversiones Públicas en un término de tres meses después de presentado, el gobierno podrá ponerlo en vigencia mediante decreto con fuerza de ley” (Negrilla fuera del original).

Por lo anterior, de insistirse en el artículo 6° de esta iniciativa legislativa, una vez entre en vigencia, en la práctica no podrá ejecutarse, toda vez que entraría en contradicción con el artículo 66 de la Ley 1753 de 2015, disposición que hace parte del Plan Nacional de Desarrollo actualmente vigente. Incluso, la Corte ha advertido no solamente de la preferencia del PND, indicando además que la misma circunstancia da lugar a la inconstitucionalidad de la ley que contradiga la Ley del Plan Nacional de Desarrollo. En este sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional, a saber:

“En primer lugar, la Carta Política señala que el Plan de Inversiones Públicas debe ser aprobado por una ley que tendrá prelación sobre las demás leyes. Por tal razón esta Corporación ha indicado que: “una norma que desarrolle materias contenidas en la Ley del Plan Nacional de Desarrollo, no podrá contener disposiciones contrarias a la misma, aunque se trate de disposiciones legales equivalentes, pues de manera expresa la Constitución le ha otorgado prevalencia a Ley del Plan Nacional de Desarrollo”. Incluso este Tribunal ha advertido que “una ley que contenga disposiciones contrarias a las contenidas en el Plan Nacional, será una norma contraria a la Constitución”. Esta regla se aplica, tal y como lo ha

⁹ Sentencias C-266 de 1995; C-032 de 1996, C-370 de 2004, C-177 de 2007, C-838 de 2008.

¹⁰ Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”.

previsto la Carta, sin perjuicio de la competencia del Congreso para expedir leyes anuales de presupuesto que aumenten o disminuyan las partidas y recursos que hubieren sido aprobados en la ley del Plan”¹¹.

De otra parte, en cuanto a la destinación del 0,5% de los recursos del régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud y de los regímenes exceptuados para el financiamiento del Fondo Nacional de Residencias Médicas resulta pertinente considerar que de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 48¹² de la Constitución Política los recursos de las instituciones de seguridad social en salud tienen una destinación específica la cual no puede ser variada por el legislador, y en estos términos se ha pronunciado la Corte Constitucional¹³:

“Como la norma superior que se comenta no establece excepciones, **la prohibición de destinar y utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella comprende tanto los recursos destinados a la organización y administración del sistema de seguridad social como los orientados a la prestación del servicio.**

Sobre el carácter absoluto de la citada prohibición la Corte¹⁴ ha señalado que **la prohibición contenida en el artículo 48 Superior no puede ser desconocida “ni aun en aras de la reactivación económica”, lo que significa que los recursos destinados a atender las necesidades del servicio de salud y asegurar la efectividad del derecho a la salud no pueden ser objeto de acuerdos de pago con acreedores que conduzcan a que tales recursos no lleguen al destino ordenado en la Carta**”. (Negrilla fuera de texto).

Ahora bien, en concordancia con lo establecido en la Carta, el artículo 205 de la Ley 100 de 1993 estableció la destinación de las cotizaciones recaudadas en el régimen contributivo por parte de las Empresas Promotoras de Salud (EPS) a saber: i) para cubrir las Unidades de Pago por Capitación (UPC) fijadas para el Plan de Salud Obligatorio y ii) para el Fondo de Solidaridad y Garantía, en la medida que con estas cotizaciones se contribuye al financiamiento del régimen subsidiado.

Por lo tanto, esta Cartera considera que esta propuesta de financiación del Fondo Nacional de Residencias Médicas con el 0.5% de los recursos recaudados para el régimen contributivo resulta a todas luces inconstitucional, en tanto que altera el destino final de las cotizaciones que se reciben por parte de los afiliados a este régimen las cuales deberán ser utilizadas ya no solo para garantizar la prestación del servicio de salud y, por ende, el sostenimiento del Sistema General de Seguridad

Social en Salud (SGSSS), sino que también deberán destinarse al pago de la beca crédito y de las prestaciones a las que tenga derecho a recibir el residente. Bajo esta perspectiva, la destinación indebida ordenada en la presente iniciativa traería como efecto colateral la disminución de los recursos que se giran al régimen subsidiado, lo cual afectaría la ampliación de la cobertura del servicio de salud para la población más vulnerable del país.

Por otro lado, en lo que tiene que ver con las becas crédito contempladas en el párrafo 1° del artículo 193 de la Ley 100 de 1993, cabe resaltar que actualmente: i) existen criterios de selección para recibir este beneficio como son la excelencia académica, el lugar de prestación del servicio social y el estrato socioeconómico; ii) se priorizan los programas de especialización de medicina interna, pediatría, ginecología y obstetricia, cirugía general, medicina familiar, psiquiatría y anestesiología, así como a la realización del programa en una institución de educación superior pública; iii) el programa cuenta con criterios académicos para condonar el crédito otorgado, y iv) los estudiantes de especializaciones médicas no tienen ningún tipo de vinculación ni contractual ni por prestación de servicios, ni laboral o asimilado con las instituciones prestadoras de servicios de salud públicas y privadas.

En este sentido, el proyecto de ley rompe con las reglas definidas para el reconocimiento de las becas crédito en la medida que sustituye los requisitos exigidos por un esquema de universalidad sin ninguna exigencia académica, aunado al hecho que crea un contrato especial entre las Instituciones Prestadoras del Servicio de Salud (IPS) y los residentes, lo que conlleva no solo la afiliación al Sistema de Seguridad Social Integral por parte de las IPS, sino también la asunción del 100% de la cotización y el pago de otro tipo de prestaciones que crea presiones adicionales a la nación y genera nuevos costos para las IPS, como se explicará a continuación.

Asimismo, es de resaltar que los recursos de beca crédito y los demás que el proyecto de ley pretende que la nación asigne para el financiamiento de los contratos de los residentes médicos, se constituirían en un subsidio de oferta (financia costos de las IPS) sin que se consulte la necesidad de incentivar ciertas especialidades que no cuentan con suficiente oferta y resolver la distribución territorial de especialistas que en muchos casos está concentrada en algunas ciudades y municipios.

Sobre el particular, es menester resaltar que los Ministerios de Educación y Salud y Protección Social otorgan a cada residente por concepto de becas crédito un ingreso equivalente a 2 salarios mínimos mensuales legales vigentes (smlmv). Para la vigencia fiscal de 2018, se apropiaron recursos por **\$40.800** millones para financiar a cerca de 2.086 médicos residentes con una beca mensual de **\$1.562.484**, la cual se paga trimestralmente por el tiempo de residencia.

¹¹ Sentencia C-016 de 2016.

¹² Artículo 48. (...)

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

¹³ Sentencia C-1040 de 2003.

¹⁴ Sentencia C-867 de 2001.

En el escenario contemplado en la iniciativa legislativa, además de aumentar el número de beneficiarios, el costo respecto a los 2.086 médicos residentes aumentaría en alrededor del 100% por persona, ya que pasarían de recibir 2 smlmv (\$1.562.484 a precios de 2018) a 3 smlmv más prestaciones (\$3.559.073 si trabaja en una IPS privada y \$3.738.108 si trabajan en una IPS pública a precios a 2018, utilizando un factor en prestaciones sociales de 52% y 59%, respectivamente). De esta forma, el proyecto de ley genera desequilibrios financieros al Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) y a los regímenes de excepción como el de las fuerzas militares y el magisterio, estableciendo adicionalmente nuevos costos para las IPS.

Para 2016, de acuerdo con los datos disponibles del Ministerio de Educación Nacional, 10.008 personas cursaron una especialización médica. Si se brinda un ingreso de 3 smlmv con prestaciones sociales a este número de especialistas, asumiendo que la mitad trabaja en IPS públicas, el costo total de su sostenimiento es de \$438.181 millones anuales. Asumiendo que para el año 2018 el programa de beca de crédito contará con recursos por \$40.800 millones, que se destinará el 0,5% de los recursos recaudados para el régimen contributivo de salud (\$106.179 millones aproximadamente) y el 0,5% de los recursos recaudados para los regímenes especiales (\$9.670 millones aproximadamente), la nación y las IPS deberían cubrir el faltante de \$281.532 millones, sin que la iniciativa establezca una regla sobre la forma en que deberán concurrir al financiamiento de este mayor costo. En la siguiente tabla se comparan los costos de la situación con y sin proyecto de ley:

Tabla 1: Costo remuneración residentes a precios de 2018
Cifras en millones de pesos

Números de beneficiarios	Situación con PL, asumiendo costo total especialistas año 2016 (smlmv 2018)	Situación actual, sin PL, con el total beneficiarios actuales beca crédito
	10.008	2.085
Costo mensual (1)	\$36.515	\$3.258
Costo anual (2) = (1) * 12	\$438.181	\$39.093,3
Presupuesto crédito beca (3)	\$40.800	\$40.800
0,5% de los recursos del régimen contributivo (4)	\$106.179 ¹⁵	
0,5% de los recursos de los regímenes especiales (5)	\$9.670	
Recursos faltantes a cargo de la nación y las IPS (6) = (2) - (3) - (4) - (5)	\$281.532	\$0
Total impacto (7) = (4) + (5) + (6)	\$397.381	

Fuente: Ministerio de Educación Nacional de Colombia - cálculos MHCP.

Por lo tanto, el proyecto de ley genera presiones fiscales para la nación por dos vías:

- i) por el cambio en la destinación de los recursos que hacen parte del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), en la medida que le genera al régimen contributivo y a los regímenes de excepción un déficit de aproximadamente \$106 mil millones y de \$10 mil millones, respectivamente, lo cual se traduce en un impacto fiscal para la nación, teniendo en cuenta que habría que compensar la disminución de los ingresos del SGSSS (cotizaciones, consideradas un recurso para-fiscal, y los impuestos generales, que tienen destinación específica al Sistema de Salud).
- ii) por los recursos faltantes para cubrir el ingreso de los residentes, esto por cuanto la iniciativa no aporta reglas de asignación de los costos entre las fuentes de recursos, lo que implica que la nación tendría que asumir los efectos fiscales generados por la insuficiencia de recursos de las IPS para cofinanciar el pago de los residentes. Cabe resaltar que las IPS solo podrían recuperar el mayor costo aumentando las tarifas por la prestación de servicios. En este sentido, el proyecto de ley conduce a un cambio en la situación actual de las IPS públicas y privadas, para quienes la vinculación de los residentes no afecta sus costos, en razón a que no existe ningún tipo de remuneración a su cargo. Bajo ese marco, se incrementarían los costos a las Entidades Promotoras de Salud (EPS) y a los regímenes de excepción por la compra de servicios, presionando el incremento de la Unidad de Pago por Capitación (UPC), en cada caso.

El impacto anual del proyecto para la nación podría ascender a \$282 mil millones, bajo el supuesto de un nulo aporte por parte de las IPS, después de aplicar las demás fuentes que determina la iniciativa legislativa, lo que equivaldría a un incremento de cerca de un punto porcentual de la UPC. Por lo tanto, el proyecto de ley tendría un impacto total para la nación de cerca de \$397 mil millones anuales con efectos fiscales en el mediano plazo por \$7,94 billones (VPN para el año 2038).

Aunado a lo anterior, el proyecto de ley omite el mandato orgánico establecido en el artículo 7° de la Ley 819 de 2003, al no contemplar una fuente de ingreso adicional o sustituta para financiar el impacto generado por cuenta del beneficio que se pretende otorgar:

“**Artículo 7°. Análisis del impacto fiscal de las normas.** En todo momento, el impacto fiscal de cualquier proyecto de ley, ordenanza o acuerdo, que ordene gasto o que otorgue beneficios tributarios, deberá hacerse explícito y deberá ser compatible con el Marco Fiscal de Mediano Plazo.

Para estos propósitos, deberá incluirse expresamente en la exposición de motivos y en las ponencias de trámite respectivas los costos fiscales

¹⁵ Valor proyectado.

de la iniciativa y la fuente de ingreso adicional generada para el financiamiento de dicho costo.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en cualquier tiempo durante el respectivo trámite en el Congreso de la República, deberá rendir su concepto frente a la consistencia de lo dispuesto en el inciso anterior. En ningún caso este concepto podrá ir en contravía del Marco Fiscal de Mediano Plazo. Este informe será publicado en la *Gaceta del Congreso*.

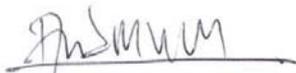
Los proyectos de ley de iniciativa gubernamental, que planteen un gasto adicional o una reducción de ingresos, deberá contener la correspondiente fuente sustitutiva por disminución de gasto o aumentos de ingresos, lo cual deberá ser analizado y aprobado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

En las entidades territoriales, el trámite previsto en el inciso anterior será surtido ante la respectiva Secretaría de Hacienda o quien haga sus veces". (Subrayado fuera de texto original).

De esta manera, es claro que al proponerse un nuevo gasto es necesario identificar el nuevo ingreso, la fuente de ahorro o la financiación requerida para su implementación, y estos, a su vez, ser consistentes con las cifras del Marco de Gasto de Mediano Plazo¹⁶ y el costo que esta iniciativa podría implicar para la nación, recursos que en cualquier caso no están contemplados en el Presupuesto General de la Nación, en los términos ordenados en el artículo 7° de la Ley 819 de 2003.

De acuerdo con lo expuesto, esta Cartera solicita se abstiene de emitir concepto favorable al proyecto de ley en estudio, y, en consecuencia, de manera respetuosa, solicita considerar la posibilidad de su archivo, no sin antes manifestar la disposición de colaborar con la actividad legislativa dentro de los parámetros constitucionales y legales de disciplina fiscal vigente.

Cordialmente,


ANDRÉS MAURICIO VELASCO MARTÍNEZ
 Viceministro Técnico
 Ministerio de Hacienda y Crédito Público
 DGRESS/DGPPN
 APSP/GARC/APPC/JOP
 UJ- 0318/18

Con Copia a:

H.R. Sara Helena Piedrahita Lyons - Autor
 H.S. Jorge Iván Ospina Gómez - Ponente
 H.S. Jorge Eduardo Gêchem Turbay - Ponente
 H.S. Honorio Miguel Henríquez Pinedo - Ponente
 H.S. Javier Mauricio Delgado Martínez - Ponente
 H.S. Jesús Alberto Castilla Salazar - Ponente
 H.S. Luis Evelis Andrade Casamá - Ponente
 H.S. Antonio José Correa Jiménez - Ponente

Dr. Jesús María España- Secretario de la Comisión Séptima del Senado de la República

¹⁶ Decreto número 1068 de 2015: "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Hacienda y Crédito Público". Artículos 2.8.1.3.2. y siguientes.

LA COMISIÓN SÉPTIMA CONSTITUCIONAL
 PERMANENTE DEL HONORABLE
 SENADO DE LA REPÚBLICA.

Bogotá, D. C., a los tres (3) días del mes de abril del año dos mil dieciocho (2018)

En la presente fecha se autoriza la publicación en Gaceta del Congreso de la República, las siguientes Consideraciones:

Concepto: Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Refrendado por: doctor *Andrés Mauricio Velasco Martínez*- Viceministro Técnico.

Al Proyecto de ley número 261 de 2017 Senado y 272 de 2017 Cámara.

Título del proyecto: *por medio del cual se crea el Fondo Nacional de Residencias Médicas y se reglamenta el Sistema de Residencias Médicas en Colombia.*

Número de folios: cinco (05) folios.

Recibido en la Secretaría de la Comisión Séptima del Senado el día: martes tres (3) de abril de 2018.

Hora: 10:29 a. m.

Lo anterior, en cumplimiento de lo ordenado en el inciso 5° del artículo 2° de la Ley 1431 de 2011.

El Secretario,


 JESÚS MARÍA ESPAÑA VERGARA
 SECRETARIO GENERAL
 Comisión Séptima del H. Senado de la República
 * * *

**CONCEPTO JURÍDICO DEL MINISTERIO
 DE TRABAJO AL PROYECTO DE LEY
 NÚMERO 83 DE 2016 SENADO**

por la cual se brindan las condiciones de protección y formalización a los trabajadores por días, estacionales o de temporada.

Bogotá, D. C.

Doctor

JESÚS MARÍA ESPAÑA VERGARA

Secretario General Comisión Séptima

Honorable Senado de la República

Carrera 7 N° 8-68 – Edificio Nuevo del Congreso

Bogotá, D. C.

Asunto: **Concepto técnico al Proyecto de ley número 83 de 2017 Senado**, *por la cual se brindan las condiciones de protección y formalización a los trabajadores por días, estacionales o de temporada.*

Respetado doctor España:

En respuesta a la solicitud se emite concepto técnico por parte de este Ministerio en relación con el proyecto de ley en referencia, a través del cual se pretende expedir normas con el propósito de brindar las condiciones que faciliten la protección y formalización a los trabajadores por días, estacionales o de temporada. El concepto se divide en las siguientes secciones: pretensiones del proyecto, su contenido, análisis de conveniencia y concepto.

1. PRETENSIONES DEL PROYECTO DE LEY.

El proyecto de ley busca establecer un marco normativo por medio del cual se establezca un régimen especial de remuneración para aquellas personas que prestan servicios personales subordinados por días, en condiciones que ha dado en calificar como *“trabajo por días, estacional, o de temporada”*, mediante una figura salarial descrita un jornal que incluya en su pago *“los factores prestacionales y los emolumentos de protección y seguridad que contempla el orden jurídico laboral”*. El propósito fundamental del proyecto, en palabras del artículo primero, es *“el reconocimiento de los factores prestacionales y los emolumentos de protección y seguridad social, a los trabajadores cuya labor se remunere bajo la modalidad de jornal, de acuerdo con lo contemplado en el orden jurídico laboral. Esto incluye a trabajadores por días, por temporadas, estaciones del año y/o cosechas”*.

Se propone, por medio del proyecto, establecer un régimen de remuneración con las características del salario integral, aplicadas a la modalidad salarial del jornal, en el sentido de conglobar, en un único pago, el valor del salario, las prestaciones sociales, los aportes al Sistema General de Seguridad Social Integral, el valor del trabajo suplementario, el recargo nocturno y el descanso obligatorio remunerado.

En el documento, que contiene la ponencia para segundo debate del proyecto, se pretende ya no hablar de un *“jornal integral”*, sino de redefinir el concepto de jornal, concentrándose en la modificación del artículo 133 del Código Sustantivo del Trabajo.

Para el efecto, el proyecto propone la reforma del artículo 133 del Código Sustantivo del Trabajo, al establecer una modalidad salarial que, basada en el concepto de Jornal, pretende abrir la posibilidad de que este esquema remunerativo pueda admitir la modalidad de *“integral”*, de modo análogo a lo establecido en su momento por el artículo 18 de la Ley 50 de 1990, que modificó el artículo 132 del Código.

Respecto del texto presentado para el primer debate, el documento que se comenta prescinde de referencias a la modalidad contractual, puesto que, en palabras de los ponentes, *“la iniciativa no pretende crear una modalidad de trabajo nueva o generar nuevas cargas laborales. Por ello, se dejan solo las previsiones que corresponden a las*

garantías que brinda la remuneración o el ingreso mediante jornal”.

Sin embargo, el proyecto, presentado con la intención de *“garantizar los derechos laborales”* de los trabajadores del campo, entraña y genera una profunda inequidad, puesto que, a partir del supuesto de favorecer al trabajador, lo que en la práctica persigue es eliminar los derechos mínimos, ciertos e indiscutibles de los trabajadores, a partir de una circunstancia contingente como lo es la modalidad de la frecuencia del pago del salario. En otras palabras: el trabajador rural que devengue su salario quincenal o mensualmente, tiene derecho a las prestaciones sociales –prima de servicios, auxilio de cesantía, intereses a la cesantía, vacaciones, aportes íntegros al Sistema General de Seguridad Social–, mientras que aquel que devenga su salario con una frecuencia diaria o hasta semanal, por ese solo hecho, pierde las prestaciones sociales, y se ubica en una situación precaria ante el Sistema General de Seguridad Social, esto sin mencionar la carga fiscal que el esquema de cotización que propone el artículo 3° del proyecto generaría para las finanzas públicas.

Así las cosas, el proyecto de ley que se comenta coincide en lo fundamental con el Proyecto de ley número 172 de 2016, así como con el Proyecto de ley número 86 de 2016 y con el espíritu originario del Proyecto de ley número 83 de 2016.

Es oportuno reiterar que el proyecto de ley, se encamina a establecer el reconocimiento de los factores prestacionales y los emolumentos de protección y seguridad social, a los trabajadores cuya labor se remunere bajo la modalidad de jornal, de acuerdo a lo contemplado en el orden jurídico laboral, incluyendo a los trabajadores por días, por temporadas, estaciones del año y/o cosechas, tal como se desprende del artículo primero del proyecto.

2. CONTENIDO DEL PROYECTO DE LEY.

PROYECTO DE LEY NÚMERO 83 DE 2016 SENADO.

por la cual se reconocen las prestaciones sociales, de seguridad social y protección social a los trabajadores por jornal o remuneración por días.

El Congreso de la República de Colombia

DECRETA:

Artículo 1°. Del objeto y alcance. *La presente ley beneficia a los trabajadores cuya remuneración sea el jornal u otra forma de remuneración diaria con ocasión de cosechas, temporadas o estaciones.*

Artículo 2°. Del jornal o la remuneración por días. *Se modifica el artículo 133 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual quedará así:*

“Artículo 133. Del jornal y sueldo. *Se denomina jornal, el salario estipulado por días, y sueldo el estipulado por períodos mayores. El jornal retribuirá el trabajo diario ordinario pactado adicionándosele las prestaciones sociales, recargos y los beneficios proporcionales, tales como: reconocimiento por*

trabajo nocturno, extraordinario, dominical y festivo, vacaciones en dinero, así como el de primas legales, extralegales, cesantías y sus intereses, subsidios, seguridad social y suministros en especie y todos los derechos que posea cualquier otro trabajador:

Parágrafo. En todo caso, el pago bajo la modalidad de jornal o mediante cualquier remuneración por días no podrá ser inferior al monto de un salario mínimo diario legal vigente más el equivalente al treinta y cinco por ciento (35%) como factor prestacional único o compensación única, según sea el caso.

Artículo 3°. De la Seguridad Social Integral y Sistema de Protección Social. La cotización se hará sobre la base del ingreso del trabajador sin tener en cuenta el factor prestacional único o compensación única, mediante un pago único que realizará el empleador o contratante diariamente a nombre del trabajador. Se autoriza al Gobierno nacional implementar el mecanismo que reciba y distribuya el aporte hacia los diferentes sistemas de seguridad social y de protección social.

El Gobierno nacional determinará las fuentes de financiación que complementen los aportes de acuerdo con los mecanismos existentes en el Sistema General de Seguridad Social Integral para salud, pensión y riesgos laborales; así como los recursos parafiscales del Sistema de Compensación Familiar y Sistema de Protección Social. Se concede un plazo de tres años para su implementación gradual.

El aporte al régimen contributivo para acceder a los servicios asistenciales y prestaciones económicas, no generarán la desvinculación del trabajador a la EPS o aseguradora del régimen subsidiado donde se encuentre afiliado. Adicionalmente, el trabajador conserva el derecho a vincularse y a acceder a los servicios del programa de Beneficios Económicos Periódicos (BEPS) y a los programas sociales que por sus condiciones socioeconómicas tengan derecho.

Artículo 4°. Derechos aplicables al trabajo por días, cosecha, temporada o estación remunerado mediante jornal. Los derechos reconocidos en la presente ley se aplicarán en la jornada ordinaria o en los tipos de labor con jornadas flexibles, tales como:

- 4.1 **Semana de trabajo comprimida:** labor realizada en un número de días y en horarios especiales superando la jornada máxima diaria, pero sin sobrepasar el máximo de la jornada semanal a fin de atender la necesidad de la cosecha, temporada o estación.
- 4.2 **Trabajo compartido:** cuando la labor se presta a dos o más empleadores en la estación, temporada o cosecha, cada empleador deberá retener y realizar el aporte al sistema de seguridad social y sistema de protección social de que trata en el artículo 3° de la presente ley.

Artículo 5°. Aplicabilidad, vigencia y derogatorias. La presente ley rige a partir del primero (1°) de enero de 2019 y deroga las disposiciones que le sean contrarias.

3. ANÁLISIS DE CONVENIENCIA

Es necesario poner de presente que, en relación con el propósito expresado por el proyecto de ley, en su título y en su artículo 1°, el proyecto pretende la creación de un estatuto especial, por medio del cual crea una categoría de trabajadores –los que trabajan por días, o en actividades denominadas “estacionales y/o de temporada”–, tomando con fundamento la adscripción a una modalidad de vinculación laboral específica.

En otras palabras, el proyecto plantea la intención de constituir una especie de régimen exceptuado del Código Sustantivo del Trabajo para las relaciones laborales respecto de las cuales se pretende presentar como de corta duración –inferior a un mes– cuando en la práctica pueden tener una mayor duración, o una vocación de continuidad, ajena a la modalidad acordada para el pago del salario. Es así como, desconociendo principios del Derecho Laboral, el proyecto busca introducir un régimen laboral especial para los trabajadores que devenguen salario en la modalidad de jornal, con una modalidad contractual específica, con el propósito de sustraer las relaciones laborales en las que el pago salarial se acuerde bajo la modalidad del jornal del régimen “general”, aplicable a los trabajadores que pactaren su salario en la modalidad de sueldo. De igual manera, el proyecto se convierte en un potencial instrumento de limitación de derechos mínimos, ciertos e indiscutibles como lo son la remuneración mínima, vital y móvil, la limitación de la jornada de trabajo, el descanso obligatorio, el reconocimiento del trabajo suplementario, y el acceso a la seguridad social, entre otros, valiéndose de fenómenos inexistentes en la geografía nacional como lo son las “estaciones”, o de conceptos subjetivos tales como la “temporalidad”.

Es así como el proyecto se presenta, como una propuesta dirigida a establecer un ordenamiento jurídico laboral diferenciado, para los “jornaleros”, con disposiciones especiales en cuanto a la estructura y monto de la remuneración, la causación de las prestaciones sociales y de los aportes al Sistema de Seguridad Social, jornada de trabajo, horas extras, descansos, so pretexto de la ejecución de “actividades estacionales o de temporada”, el cual, en la práctica, entraña una desmejora de las condiciones salariales y prestacionales de estas personas. El proyecto se extiende en sus efectos a las personas que prestan servicios en la modalidad de Servicio Doméstico, al clasificarlos en la categoría de “trabajadores por día”.

De acuerdo con lo anterior, es posible determinar que el proyecto podría desconocer derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución Política, por cuanto contraría los principios a la igualdad entre los trabajadores, la remuneración mínima vital y móvil, la prevalencia de la realidad,

y condición más beneficiosa, establecidos en los artículos 13 y 53 Constitucionales, así como los principios de progresividad, integralidad, solidaridad, irrenunciabilidad, universalidad y eficiencia, propios de la Seguridad Social, y consagrados como componentes del Derecho Fundamental por ministerio del artículo 48 superior.

En adición a lo anterior, se considera que se confunde el jornal con una modalidad salarial relacionada con el contenido del pago, y no –como lo es– circunscrita ÚNICAMENTE a la frecuencia del pago, para derivar de este entendimiento un régimen laboral que, de aplicarse, afectaría directamente a los trabajadores dependientes de menores ingresos, afectando en su perjuicio no solo el monto de su salario, sino también el de las prestaciones sociales y los aportes a la seguridad social a la cual actualmente tienen derecho, y eliminando por vía indirecta la jornada máxima legal.

Es oportuno mencionar que el texto pretende incluir disposiciones que han sido declaradas inexequibles por la Jurisdicción Constitucional, o que son contrarias a la Doctrina Constitucional, concretamente en el caso de la limitación de la Jornada Laboral de los trabajadores del Servicio Doméstico.

Esta precisión pone de presente la inconsistencia constitucional y legal del proyecto, por lo que, en lo atinente a la proposición de un mecanismo especial de contratación laboral para un grupo poblacional que en la práctica es inexistente, a partir de la modalidad de pago del salario, se debe concluir que el texto analizado resulta inconveniente.

Además de lo anterior, es inconveniente, en la medida en que lo que se pretende regular ya es objeto de regulación, por conducto de las disposiciones GENERALES contenidas en el Código Sustantivo del Trabajo, aplicables a TODOS los trabajadores. Se resalta que, conforme con el ordenamiento jurídico actualmente vigente, la regulación del trabajo ocasional se encuentra plenamente desarrollada, y que halla tipicidad legal en los artículos 6°, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 37, 38, 39, 43, 44, 45, 46, 47, 61, 62, 127, 128, 129, 132, 133, 134, 136, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 158, 159, 160, 161, 162, 168, 172, 173, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 183, 184 y 185 del Código Sustantivo del Trabajo, así como por lo previsto por los artículos 17, 18 y 204 de la Ley 100 de 1993, así como del régimen de aportes y cotizaciones al Sistema de Seguridad Social, aplicable para los trabajadores dependientes.

El artículo 13 Constitucional establece el Derecho Fundamental a la Igualdad y, al efecto, ha impuesto una regla conforme con la cual las personas que se encuentran en una misma situación fáctica o jurídica merecen el mismo tratamiento, justificándose el trato desigual en el evento en el que las personas se encuentren en condiciones distintas, favoreciendo a aquel que se encuentre en condición de debilidad manifiesta.

No cabe duda de que la gran mayoría de las personas dedicadas a lo que se ha dado en llamar “actividades estacionales o de temporada”, y que generalmente suelen ser trabajadores rurales, se encuentran en condición de debilidad manifiesta, derivada de las condiciones sociales y económicas en las que viven. Teniendo en cuenta que la función del Estado, consagrada en el artículo 2° de la Constitución, es la de garantizar la realización de los derechos subjetivos y de las garantías legales establecidas por el ordenamiento jurídico, no se entiende cómo se puede mejorar la condición de unas personas que se encuentran en una situación de debilidad manifiesta derivada de las condiciones económicas de sus actividades generadoras de ingresos, precisamente por la vía de la restricción de sus derechos y la disminución material de sus ingresos y de sus cotizaciones, con el pretexto de la “temporalidad” de la actividad en la que se ocupan. Es así como el proyecto de ley contraría el postulado constitucional del artículo 13, en la medida en que, amparado en un discurso garantista, establece un régimen diferenciado en desmedro de un régimen general que establece unos derechos mínimos, ciertos e indiscutibles para TODOS los trabajadores dependientes.

El enfoque de la política pública de erradicación de la pobreza y de la efectiva formalización laboral de las personas que, por condiciones de tiempo, modo y lugar, desempeñan labores que se remuneran con frecuencia diaria o hasta semanal, no se consigue mediante la eliminación de los derechos mínimos, ciertos e indiscutibles que el ordenamiento jurídico actualmente vigente les reconoce. La formalización laboral, entendida como la generación de relaciones de trabajo observantes de la legalidad laboral, particularmente en el campo, o respecto de los jóvenes, debe ser general e integral: General, por cuanto debe amparar a TODAS las personas destinatarias, a efectos de garantizar sus derechos fundamentales, independientemente de la actividad económica que desarrollen, o de la frecuencia de pago de su salario; Integral, por cuanto debe atender, de manera transversal, TODAS las necesidades básicas insatisfechas que afecten a estas personas; mediante una intervención intersectorial e interdisciplinaria.

Esta consideración sería suficiente para sustentar la inconveniencia de las disposiciones referidas; sin embargo, el artículo 53 Constitucional, al consagrar la IGUALDAD ENTRE LOS TRABAJADORES, proscribiera la posibilidad del establecimiento de regímenes laborales diferenciados, máxime cuando la diferencia se basa en la frecuencia del pago del salario –el jornal– en actividades preponderantemente agrícolas o de cuidado. Permitir la prosperidad de un proyecto como el que se comenta es ahondar la desigualdad entre el campo y la ciudad, es categorizar el trabajo en “trabajo de primera clase”, urbano, intelectual, y “trabajo de segunda clase”, rural y físico, en desmedro del segundo, que es, precisamente, aquel al que se

dedican las personas tradicionalmente marginadas de la vida social, económica y política en el país.

La inconveniencia del proyecto queda puesta de manifiesto en el párrafo del propuesto artículo 133 del Código Sustantivo del Trabajo, texto que pretende introducir un “jornal integral” en el ordenamiento jurídico laboral, al incluir en un solo pago, diario, un presunto factor prestacional, así como lo proporcional al pago de aportes a la seguridad social.

Esa sola disposición basta para desestimar la procedencia del proyecto, por cuanto su sola redacción establece un régimen discriminatorio que afecta al trabajador de ingresos bajos: por el solo hecho de devengar jornal, este trabajador pierde las prestaciones sociales –prima de servicios, auxilio de cesantía, intereses sobre la cesantía, vacaciones, calzado y vestido de labor– y el acceso al régimen contributivo de salud y al régimen de pensiones, lo cual lo deja en clara desventaja ante el trabajador urbano, o aquel que devenga su salario en la modalidad de sueldo. El proyecto busca legalizar una práctica generalizada en los sectores económicos en los que predomina la informalidad laboral, consistente en el pago de un presunto e ilegal “salario integral” que no corresponde con lo establecido por el numeral 2 del actual artículo 132 del Código Sustantivo del Trabajo, en su versión del artículo 18 de la Ley 50 de 1990. Es importante precisar que el salario integral se incorporó al ordenamiento jurídico colombiano como un mecanismo para reducir los costos laborales de los empleadores derivados de los salarios altos, esto es, de aquellos que superen en su cuantía los diez salarios mínimos legales mensuales vigentes, y se justifica en la medida en que establece concretamente el factor prestacional, sin afectar el ingreso base de cotización al Sistema General de Seguridad Social.

Con este fundamento, se pasa al análisis concreto de las disposiciones propuestas:

RESPECTO DEL ARTÍCULO 1º. “Del objeto y alcance. *La presente ley beneficia a los trabajadores cuya remuneración sea el jornal u otra forma de remuneración diaria con ocasión de cosechas, temporadas o estaciones”.*

La lectura del enunciado pone de presente la improcedencia de la propuesta, por cuanto hace manifiesta la intención del ponente de establecer un régimen contractual diferenciado, sobre la base de la frecuencia del pago del salario. Este error hermenéutico respecto del artículo 133 del Código Sustantivo del Trabajo, se da por cuanto la norma vigente se limita a decir que el salario que se paga con frecuencia diaria y hasta semanal se llama jornal, sin más, lo que no es obstáculo para que el ponente pretenda construir un “jornal integral” el cual resultaría inconstitucional, por cuanto significa la vulneración de los principios de igualdad entre los trabajadores, remuneración mínima, vital y móvil, y el de condición más favorable para el trabajador, establecidos por el artículo 53 Superior.

Las expresiones “con ocasión de cosechas, temporadas o estaciones” son improcedentes, como se expuso anteriormente, en Colombia no se presenta el fenómeno climático de las “estaciones”, motivo por el cual es impropio establecerlo como periodo de trabajo; por su parte, el concepto de “temporada” es subjetivo, coyuntural, ligado a ciertas dinámicas empresariales en ciertos sectores económicos, y para ciertas actividades, de tal suerte que su incorporación al ordenamiento jurídico laboral implica el establecimiento de un concepto jurídico indeterminado que podría ser interpretado de manera unilateral por parte del empleador, en perjuicio del trabajador.

El trabajo “de temporada” se regula, actualmente, mediante la figura del contrato de trabajo por duración, obra o labor determinada. No hace falta una nueva regulación sobre el particular; lo que sí se puede –y se debe– es dar correcta aplicación a lo vigente.

RESPECTO DEL ARTÍCULO 2º. “Del jornal o remuneración por días. *Se modifica el artículo 133 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual quedará así:*

“Artículo 133. Del jornal y sueldo. *Se denomina jornal, el salario estipulado por días, y sueldo el estipulado por periodos mayores. El jornal retribuirá el trabajo diario ordinario pactado adicionándosele las prestaciones sociales, recargos y los beneficios proporcionales, tales como: reconocimiento por trabajo nocturno, extraordinario, dominical y festivo, vacaciones en dinero, así como el de primas legales, extralegales, cesantías y sus intereses, subsidios, seguridad social y suministros en especie y todos los derechos que posea cualquier otro trabajador.*

PARÁGRAFO. *En todo caso, el pago bajo la modalidad de jornal o mediante cualquier remuneración por días no podrá ser inferior al monto de un salario mínimo diario legal vigente más el equivalente al treinta y cinco por ciento (35%) como factor prestacional único o compensación única, según sea el caso”.*

Esta propuesta normativa se considera abiertamente inconstitucional, violatoria del principio de la Remuneración Mínima, Vital y Móvil establecido por el artículo 53 de la Constitución de 1991, por cuanto pretende establecer en el ordenamiento jurídico laboral colombiano una modalidad salarial bajo el concepto “integral” establecido por el artículo 18 de la Ley 50 de 1990, aplicable a TODOS LOS SALARIOS, independientemente de su valor, pero sí con la evidente falencia de pasar por alto que el salario integral, como institución jurídica que es, comprende en su estructura un factor salarial y otro prestacional, el cual no puede ser inferior al treinta por ciento del primero. La disposición comentada, por sí sola, eliminaría del ordenamiento jurídico laboral todas las PRESTACIONES SOCIALES –Prima de Servicios, Auxilio de Cesantía, Intereses a la Cesantía, Vacaciones– así como las horas

extras, los recargos por trabajo nocturno o en día de descanso obligatorio, etc. De manera que, este texto derogaría, sin más, el Derecho Laboral vigente en Colombia. Es importante poner de presente que el artículo 133 del Código Sustantivo del Trabajo establece la denominación del salario en razón de la frecuencia del pago, sin alterar ni su naturaleza, ni su composición; el salario está definido por el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, y las modalidades de estipulación, por el artículo 132 ibídem, por lo que la propuesta normativa que se comenta tiene la clara intención de derogar tácitamente lo previsto por estas normas con la evidente intención de eliminar del ordenamiento jurídico colombiano los derechos mínimos, ciertos e indiscutibles que constituyen el núcleo básico del Derecho Laboral, el cual, a su vez, constituye la norma de protección para los trabajadores.

RESPECTO DEL ARTÍCULO 3°. “De la Seguridad Social Integral y Sistema de Protección Social. La cotización se hará sobre la base del ingreso del trabajador sin tener en cuenta el factor prestacional único o compensación única, mediante un pago único que realizará el empleador o contratante diariamente a nombre del trabajador. Se autoriza al Gobierno nacional implementar el mecanismo que reciba y distribuya el aporte hacia los diferentes sistemas de seguridad social y de protección social.

El Gobierno nacional determinará las fuentes de financiación que complementen los aportes de acuerdo con los mecanismos existentes en el Sistema General de Seguridad Social Integral para salud, pensión y riesgos laborales; así como los recursos parafiscales del Sistema de Compensación Familiar y Sistema de Protección Social. Se concede un plazo de tres años para su implementación gradual.

El aporte al régimen contributivo para acceder a los servicios asistenciales y prestaciones económicas, no generarán la desvinculación del trabajador a la EPS o aseguradora del régimen subsidiado donde se encuentre afiliado. Adicionalmente, el trabajador conserva el derecho a vincularse y acceder a los servicios del Programa de Beneficios Económicos Periódicos (BEPS) y a los programas sociales que por sus condiciones socioeconómicas tengan derecho”.

Esta disposición contraría al mandato constitucional establecido por el Acto Legislativo número 1 de 2005 que, al modificar el artículo 48 de la Constitución, dispuso que no se podrán establecer regímenes previsionales distintos o alternativos al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones y en Salud. Además, contraría los preceptos contenidos en los artículos 17, 18 y 204 de la Ley 100 de 1993.

Es importante poner de presente que las disposiciones contenidas en la Ley 1753 de 2015, en relación con el pago de los aportes al Sistema General de Seguridad Social Integral, no establecen cotizaciones inferiores al salario mínimo, sino

proporcionales al ingreso devengado, teniendo como base el salario mínimo.

En adición a lo anterior, el texto propuesto ignora lo ordenado por el artículo 7° de la Ley 819 de 2012, que establece que aquellos proyectos de ley que impliquen la generación de gasto público, deben prever en su contenido la fuente de los recursos con los que se financiará su observancia.

Adicionalmente, es necesario considerar que a las personas que no tienen la capacidad suficiente para acudir al Sistema General de Pensiones (RPM o RAIS) o en salud al régimen contributivo sino a través de un esquema subsidiado, no se les debe cerrar la posibilidad de acceder al Sistema General de Seguridad Social Integral a través del mecanismo de BEPS.

En relación con el Servicio Social Complementario de Beneficios Económicos Periódicos (BEPS), se debe tener en cuenta que les permite a las personas con ingresos inferiores al salario mínimo legal mensual vigente o que no tienen un ingreso fijo mensual, ahorrar de acuerdo con la capacidad de cada persona, para obtener una anualidad vitalicia.

Este mecanismo tiene por objeto promover el ahorro voluntario de manera independiente al Sistema General de Pensiones, los recursos que por concepto de aportes realice cada beneficiario del Servicio Social Complementario (BEPS), junto con sus rendimientos se registrarán en cuentas individuales dentro del fondo común de BEPS, administrado por Colpensiones y al terminar la etapa de acumulación de recursos el Gobierno nacional entrega un incentivo del 20% respecto del ahorro realizado por cada persona vinculada a este mecanismo. De esta forma los BEPS se convierten en un mecanismo de prevención, un esquema alternativo de protección social que considera las condiciones de trabajo de la población ocupada frente a temas tales como el contrato laboral flexible por períodos menores a un mes, temporalidad, etc.

Adicionalmente se debe poner de presente que las personas que cotizan por días o períodos inferiores a un mes tienen muy baja probabilidad de completar las 1.300 semanas de cotización requeridas para acceder a la pensión de vejez, es por ello, que la vinculación a través de BEPS favorecería a estos trabajadores. Otro aspecto que se debe tener en cuenta es que los costos asociados al recaudo del ahorro a través de BEPS, no los asume la persona vinculada, por cuanto se asumen con cargo al Presupuesto General de la Nación, convirtiéndose, por tanto, en un incentivo para la persona vinculada.

RESPECTO DEL ARTÍCULO 4°. “Derechos aplicables al trabajo por días, cosecha, temporada o estación remunerado mediante jornal. Los derechos reconocidos en la presente ley se aplicarán en la jornada ordinaria o en los tipos de labor con jornadas flexibles, tales como:

4.1 Semana de trabajo comprimida: labor realizada en un número de días y en horarios especiales superando la jornada máxima

diaria, pero sin sobrepasar el máximo de la jornada semanal a fin de atender la necesidad de la cosecha, temporada o estación.

4.2 Trabajo compartido: *cuando la labor se presta a dos o más empleadores en la estación, temporada o cosecha, cada empleador deberá retener y realizar el aporte al sistema de seguridad social y sistema de protección social de que trata en el artículo 3° de la presente ley”.*

Esta disposición es improcedente, por cuanto al pretender incorporar la figura de la “semana comprimida” está creando una jornada laboral que vulnera el régimen establecido en el artículo 161 del Código Sustantivo del Trabajo, así como busca dejar sin efecto el régimen de trabajo suplementario establecido en el artículo 168 de la misma norma, y lo preceptuado por los artículos 172 a 185 íbidem.

La mencionada “semana comprimida” implicaría la imposición, sin solución de continuidad, de una única jornada de 48 horas, sin descansos ni interrupciones, y sin la causación de los recargos por trabajo nocturno, o en día de descanso, o de trabajo suplementario, sin causar la remuneración del día de descanso obligatorio, a partir de la premisa, o mejor el pretexto, de la imposibilidad de interrumpir “la cosecha” o la “jornada comercial que se pretenda atender”. Se trata de un intento de establecer un mecanismo legal que, este sí, elimine los recargos por trabajo suplementario, nocturno y en día de descanso obligatorio. Y todo a partir de una interpretación errónea del artículo 133 del Código Sustantivo del Trabajo al establecer el jornal como modalidad de pago del salario.

Si se incorpora la figura del “trabajo compartido”, el proyecto contravendría lo dispuesto por el artículo 26 del Código Sustantivo del Trabajo en cuanto a la coexistencia de contratos laborales, con el propósito de permitir que el trabajador preste sus servicios a varios empleadores, recibiendo la remuneración por parte de uno solo de ellos. Lo que se pretende es beneficiar a varios de la actividad personal de un trabajador, sin que varios asuman las obligaciones laborales y prestacionales que les corresponden. Y todo a partir de una interpretación errónea del artículo 133 del Código Sustantivo del Trabajo al establecer el jornal como modalidad de pago del salario.

Ahora bien, cuando se presenta la figura de la concurrencia de contratos de trabajo, consagrada en el artículo 26 del Código Sustantivo del Trabajo, se establece que el trabajador puede prestar sus servicios a dos o más empleadores, devengando, en consecuencia, los derechos mínimos, ciertos e indiscutibles a los que tiene derecho por cuenta de TODOS los empleadores. Lo propuesto lesiona este precepto, y afecta perjudicialmente al trabajador.

RESPECTO DEL ARTÍCULO 5°. *“Aplicabilidad, vigencia y derogatorias. La presente ley rige a partir del primero (1°) de enero de 2019 y deroga las disposiciones que le sean contrarias”.*

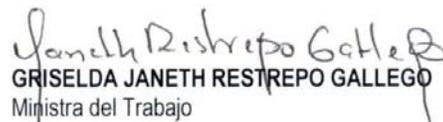
El artículo está redactado de tal forma que, su aprobación, dejaría sin efecto las disposiciones que regulan el salario mínimo, el salario integral, las prestaciones sociales, la jornada laboral, los recargos por trabajo suplementario, los descansos obligatorios, etc. toda vez que al generar una nueva modalidad de contratación, estaría derogando las disposiciones mencionadas en el presente escrito sin definir específicamente cuáles, por la utilización de la inédita figura de la “contrariedad tácita”.

4. CONCEPTO

Conforme con las consideraciones precedentes, este Ministerio considera que el proyecto de ley comentado es inconveniente, por cuanto pretende establecer un régimen jurídico que es contrario a la Constitución. Si se tiene en mira la mejoría de las condiciones sociales y económicas de los trabajadores del campo, que prestan sus servicios por días o, en general que devengan salario en la modalidad de jornal, no hace falta crear un estatuto legal sobre el particular, puesto que el ordenamiento jurídico actualmente vigente ya establece las herramientas y los medios de intervención. De igual manera, el proyecto constituye una oportunidad para plantear la necesidad de reflexionar acerca de la regulación del trabajo dependiente. Así mismo y teniendo en cuenta la normatividad vigente, encuentra este despacho ministerial que tampoco se hace necesaria una normatividad adicional sobre seguridad social, como lo pretende el referido proyecto de ley.

Finalmente, en atención al concepto técnico objeto de consulta y a partir de lo expuesto, es procedente concluir que no resulta conveniente adelantar el trámite de este proyecto de ley, razón por la cual este Ministerio de manera respetuosa solicita se realice el retiro de esta iniciativa parlamentaria, no sin antes estar atentos a las consultas e inquietudes que sobre el particular se presenten.

Cordialmente,


GRISELDA JANETH RESTREPO GALLEGO
Ministra del Trabajo

Bogotá, D. C.,

URGENTE

Señor:

JESÚS MARÍA ESPAÑA VERGARA

Secretario Comisión Séptima del Honorable Senado de la República

Carrera 7 N° 8-68 Oficina 241B - Edificio Nuevo del Congreso

Email: comision7senado@gmail.com

Bogotá, D. C.

ASUNTO: Complemento con Radicado número 11EE201712000000058902 con Radicado número 08SI2017211000000027548 de 2017. Formas de remuneración por Jornal

Respetado señor Jesús, reciba un cordial saludo:

De manera atenta, nos permitimos adjuntar copia de la respuesta que fue emitida por la Subdirección de Análisis, Monitoreo y Prospectiva Laboral, respecto del Punto número 2 literales a, c, d, e y f para su respectivo conocimiento.

Cordialmente,

Cordialmente:

MARISOL PORRAS MENDEZ
 Coordinadora Grupo Interno de Trabajo de Atención de Consultas
 en Materia Laboral de la Oficina Asesora Jurídica

Anexo: Siete (7) folios

RESPUESTA SENADOR JESÚS ALBERTO CASTILLA SALAZAR

Frente al Proyecto de ley número 83 de 2016

c) ¿Qué ocupaciones laborales pueden entrar dentro de las categorías, trabajo temporal, trabajo por horas y trabajo estacional (estacionario)?

De acuerdo con la Organización Internacional para el Trabajo (OIT)¹, durante las últimas décadas, tanto en los países en desarrollo como en los industrializados, se ha producido una marcada transición del empleo típico al empleo atípico. Las formas atípicas de empleo agrupan distintas modalidades de empleo que no se ajustan al empleo típico, entre ellas, el empleo temporal; el trabajo a tiempo parcial y el trabajo temporal a través de agencia y otras modalidades multipartitas.

El empleo temporal, que implica la contratación de trabajadores por un periodo específico, comprende los contratos de duración determinada o basados en proyectos o tareas, así como el trabajo ocasional o estacional, incluido el de los jornaleros. En la mayoría de los países, los contratos de duración determinada se rigen por disposiciones jurídicas específicas sobre la duración máxima del contrato, el número de prórrogas y los motivos válidos para recurrir a los tribunales. El trabajo ocasional consiste en la contratación de trabajadores por plazos muy cortos o de forma esporádica o intermitente, usualmente por un número específico de horas, días o semanas, a cambio de un salario establecido por las condiciones del acuerdo de trabajo diario o periódico. El trabajo ocasional es un rasgo característico del empleo asalariado informal en los países en desarrollo de bajos ingresos, pero también está surgiendo más recientemente en las economías industrializadas, especialmente en los puestos de trabajo relacionados con la “economía de plataformas de Internet” o el “trabajo por encargo”.

En el trabajo a tiempo parcial, las horas normales de trabajo son menores que las de los trabajadores a tiempo completo en situación comparable. Muchos

países cuentan con límites mínimos específicos, establecidos por ley, que definen el trabajo a tiempo parcial comparado con el trabajo a tiempo completo. Con fines estadísticos, se suele considerar que el trabajo a tiempo parcial es aquel en el que se trabaja menos de 35 horas, o 30 horas, a la semana. En algunos casos, las modalidades de trabajo pueden consistir en horas de trabajo muy reducidas o en la falta de horarios fijos predecibles, y el empleador no está obligado a ofrecer un número específico de horas de trabajo. Estas modalidades, conocidas como “trabajo a pedido”, revisten distintas formas contractuales según el país e incluyen los llamados “contratos de cero horas”. Cuando los trabajadores no están contratados directamente por la empresa en la que prestan sus servicios, participan en relaciones de trabajo multipartitas, como sucede cuando el trabajador es asignado a un lugar de trabajo y pagado por una agencia de trabajo temporal, pero el trabajo se realiza para una empresa usuaria. En la mayoría de los países, el contrato o la relación de trabajo se establece entre la agencia y el trabajador, mientras que lo que vincula a la agencia y la empresa usuaria es un contrato comercial. Por lo general, se considera que no existe una relación de trabajo entre los trabajadores cedidos por las agencias de trabajo temporal y las empresas usuarias; sin embargo, en ciertas jurisdicciones se imponen obligaciones jurídicas a las empresas usuarias con respecto a estos trabajadores, especialmente en lo concerniente a la salud y la seguridad.

Para dar respuesta al requerimiento es importante tener en cuenta que la *ocupación*, según la definición OIT, es un conjunto de empleos cuyas principales tareas y cometidos se caracterizan por un alto grado de similitud. La ocupación refiere al tipo de trabajo realizado por la persona empleada, independientemente de la actividad económica del establecimiento donde trabaja, o cuál es su situación en el empleo.

En este contexto, la Resolución sobre la Clasificación Internacional de la Situación en el Empleo -CISE-93², adoptada por la decimoquinta Conferencia Internacional de Estadísticos del Trabajo realizada en enero de 1993, clasifica los empleos de una persona en un momento dado. Para la CISE, un empleo se clasifica con arreglo al tipo de contrato explícito o implícito de trabajo del titular con otras personas u organizaciones. Los criterios básicos utilizados para definir los grupos de la clasificación son el tipo de riesgo económico, un elemento del cual es la solidez del vínculo entre la persona y el empleo, y el tipo de autoridad que tienen o tendrán los titulares sobre los establecimientos y sobre otros trabajadores. En la CISE se desagregan los siguientes grupos: 1) Asalariados, 2) Empleadores, 3) Trabajadores por cuenta propia, 4) Miembros de cooperativas de productores, 5) Trabajadores

¹ OIT (2016). *El empleo atípico en el mundo. Retos y perspectivas*. Oficina Internacional del Trabajo -Ginebra: OIT, 2016.

² OIT (1993). *Resolución sobre la Clasificación Internacional de la Situación en el Empleo -CISE-93*. http://www.ilo.org/public/spanish/bureau/stat/download/r_es/icse.pdf

familiares auxiliares y 6) Trabajadores que no pueden clasificarse según la situación en el empleo.

En el Capítulo IV de la CISE-93 se expone el tratamiento estadístico de grupos particulares de trabajadores. Algunos de dichos grupos representan subcategorías o divisiones de una categoría específica de la CISE-93. Otros grupos pueden encontrarse en dos o más de estas categorías. La clasificación es la siguiente:

- Gerentes-propietarios de empresas constituidas en sociedad
- Asalariados regulares (contrato estable, legislación del trabajo)
- Trabajadores con empleos precarios (ocasional + corto plazo + estacional)
- Trabajadores fuera del establecimiento
- Contratistas (figuran como independientes, pero en la práctica trabajan como asalariados, asalariado encubierto)
- Trabajadores tercerizados
- Asalariados en programas de promoción del empleo
- Aprendices y trabajadores en programas de formación
- Aparceros
- Trabajadores de subsistencia

Cómo se puede observar del análisis realizado, la identificación de determinadas ocupaciones laborales dentro de las categorías de trabajo temporal, trabajo por horas y/o trabajo estacional (estacionario), no es posible realizarla ya que dicha caracterización depende de la situación particular de la persona en el empleo. Por ejemplo, una enfermera licenciada puede estar en condición de asalariada (empleo típico), cuando se encuentra vinculada de tiempo completo en un hospital o puede estar en un empleo atípico del grupo particular de trabajadores de la CISE-93, como trabajadora precaria estacional; o como trabajadora temporal (en misión).

d) De acuerdo con la información oficial ¿cuántos trabajadores en Colombia estarían trabajando en las modalidades trabajo temporal, trabajo por horas y trabajo estacional (estacionario)?

De acuerdo con las cifras de la Asociación Colombiana de Empresas de Servicios Temporales (Acoset), el número de trabajadores temporales (en misión) es de, aproximadamente, 945 mil para los primeros semestres de 2016 y 2017.

Trabajadores en misión	Número total (Promedio enero-junio)
Primer semestre 2016	516.190
Primer semestre 2017	473.329

Fuente: ACOSSET-Observatorio del Mercado Laboral (OML).

<http://www.acoset.org/images/estadisticas/informe%20estad%C3%ADstico%20primer%20semestre%202017.pdf>

En relación con los ocupados por horas trabajadas a la semana, la fuente de información básica es la

Gran Encuesta Integrada de Hogares (GEIH) del DANE. La desagregación presentada en la siguiente tabla corresponde a aquella estadísticamente significativa, teniendo en cuenta que la GEIH es una encuesta por muestreo.

Número de horas trabajadas a la semana	Total
Menos de 48 horas trabajadas a la semana	9.679.895
48 o más horas trabajadas a la semana	12.476.246
Menos de 60 horas trabajadas a la semana	18.386.452
60 o más horas trabajadas a la semana	3.769.690

Fuente: Cálculos SAMPL-DGPESF-Mintrabajo con base en DANE-GEIH.

e) ¿Sírvese clarificar si dentro de la categoría de trabajo estacional puede interpretarse que quedarían cobijadas las formas de ventas ambulantes?

Según la Corte Constitucional en la Sentencia T-386/13³, “la categoría de vendedoras o vendedores ambulantes se refiere en forma general a aquellas personas que se dedican a diversas actividades, tales como: la oferta de bienes o servicios, en las calles, aceras y otros espacios públicos, que integran la zona en las cuales se lleva a cabo el trabajo informal. Sin embargo, hay tres tipos distintos de personas dedicadas a las ventas informales que pueden verse afectados por las medidas, políticas o programas tendientes a la recuperación del espacio público ocupado por los mismos, a saber”:

- Vendedoras o vendedores informales estacionarios, que se instalan junto con los bienes, implementos y mercancías que aplican a su labor en forma fija en un determinado segmento del espacio público, excluyendo el uso y disfrute del mismo por las demás personas de manera permanente, de tal forma que la ocupación del espacio subsiste aun en las horas en que el vendedor se ausenta del lugar –por ejemplo, mediante una caseta o un toldo–.
- Vendedoras o vendedores informales semi-estacionarios, que no ocupan de manera permanente un área determinada del espacio público, pero que, no obstante, por las características de los bienes que utilizan en su labor y las mercancías que comercializan, necesariamente deben ocupar en forma transitoria un determinado segmento del espacio público, como por ejemplo las personas que venden perros calientes y hamburguesas, o quienes empujan carros de fruta o de comestibles por las calles.
- Vendedoras o vendedores informales ambulantes, quienes sin ocupar el espacio público como tal por llevar consigo –es decir, portando físicamente– los bienes y mercancías que aplican a su labor, no obstruyen el tránsito de

³ <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/T-386-13.htm>

personas y vehículos más allá de su presencia física personal.

- f) **Sírvase clarificar en un cuadro (como en el ejemplo), los porcentajes de salario que por ley deberían aplicarse para el reconocimiento por trabajo nocturno, extraordinario o dominical y festivo, vacaciones en dinero, así como el de primas legales, extralegales, las cesantías y sus intereses, subsidios, seguridad social y suministros en especie y en general, todos los derechos que posea un trabajador formal en Colombia, discriminando el porcentaje que aporta el empleador, el empresario y el trabajador con respecto a monto del salario y al tipo de contrato.**

Ejemplo: Vinculación laboral

	% empleador	% trabajador
Trabajo nocturno	Valor Hora Ordinaria+25% de recargo Valor hora ordinaria+75% de recargo	
Vacaciones	4,17%	
Primas	8,33%	
Cesantías	8,33%	

Estos pagos adicionales al salario (cesantías, intereses a la cesantía, prima de servicios, vacaciones, etc.) solo emanan de un contrato de trabajo, nunca de un contrato de prestación de servicios, razón por la cual no es posible diligenciar la siguiente tabla.

Ejemplo: Vinculación por prestación de servicios

	% empleador	% trabajador
Trabajo nocturno		
Vacaciones		
Primas		
Cesantías		

LA COMISIÓN SÉPTIMA CONSTITUCIONAL PERMANENTE DEL HONORABLE SENADO DE LA REPÚBLICA.

Bogotá, D. C., a los cuatro (4) días del mes de abril del año dos mil dieciocho (2018)

En la presente fecha se autoriza la publicación en *Gaceta del Congreso* de la República, las siguientes Consideraciones.

Concepto: Ministerio de Trabajo

Refrendado por: doctora *Griselda Janeth Restrepo* - Ministra y la doctora *Marisol Porras Méndez* - Coordinadora Grupo Interno de Trabajo de Atención de Consultas en Materia Laboral de la Oficina Asesora Jurídica.

Al Proyecto de ley número 83 de 2016 Senado

Título del proyecto: *por la cual se brindan las condiciones de protección y formalización a los trabajadores por días, estacionales o de temporada.*

Número de folios: doce (12) folios

Recibido en la Secretaría de la Comisión Séptima del Senado el día: martes veintiuno (21)

de noviembre de 2017 y miércoles cuatro (4) de abril de 2018.

Hora: 14:00 p. m. y 14:30 p. m.

Lo anterior, en cumplimiento de lo ordenado en el inciso 5° del artículo 2° de la Ley 1431 de 2011.

El Secretario,



JESÚS MARÍA ESPAÑA VERGARA
SECRETARIO GENERAL
Comisión Séptima del H. Senado de la República

* * *

CONCEPTO JURÍDICO MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 272 DE 2017 CÁMARA, 261 DE 2017 SENADO

por medio del cual se crea el Fondo Nacional de Residencias Médicas y se reglamenta el Sistema de Residencias Médicas en Colombia.

Bogotá,

Doctor

JESÚS MARÍA ESPAÑA VERGARA

Secretario General

Comisión Séptima del Senado de la República

Edificio Nuevo del Congreso

Bogotá, D. C.

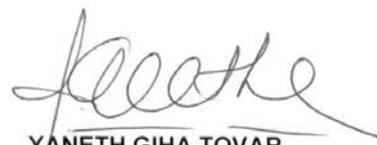
Referencia: Concepto al Proyecto de ley número 272 de 2017 Cámara, 261 de 2017 Senado.

Respetado doctor:

Adjunto remito el concepto del Ministerio de Educación Nacional sobre el **Proyecto de ley número 272 de 2017 Cámara, 261 de 2017 Senado**, *por medio del cual se crea el Fondo Nacional de Residencias Médicas y se reglamenta el Sistema de Residencias Médicas en Colombia.*

Solicitamos de manera atenta, tener en cuenta las observaciones que este Ministerio realiza sobre el proyecto de ley.

Cordialmente,



YANETH GIHA TOVAR
Ministra de Educación Nacional

Copia: honorable Senador Jorge Iván Ospina Gómez - Coordinador Ponente; honorable Senador Jorge Eduardo Géchem Turbay - Ponente; honorable Senador Antonio José Correa Jiménez - Ponente; honorable Senador Honorio Miguel Henríquez Pineda - Ponente; honorable Senador Javier Mauricio Delgado Martínez - Ponente; honorable Senador Luis Évelis Andrade Casamá - Ponente; honorable Senador Jesús Alberto Castilla Salazar - Ponente; honorable Representante Sara Piedrahíta Lyons - Autora.

CONCEPTO DEL MINISTERIO DE
EDUCACIÓN NACIONAL AL PROYECTO DE
LEY NÚMERO 272 DE 2017 CÁMARA, 261 DE
2017 SENADO

por medio del cual se crea el Fondo Nacional de Residencias Médicas y se reglamenta el Sistema de Residencias Médicas en Colombia y se dictan otras disposiciones.

I. OBJETO DEL PROYECTO.

El presente proyecto de ley busca crear el Sistema Nacional de Residencias Médicas en Colombia, a fin de garantizar las condiciones adecuadas para la formación académica y práctica del talento humano en salud que cursa programas académicos de especialización médico-quirúrgicas, así como implementar el Fondo Nacional de Residencias Médicas y establecer medidas de fortalecimiento para los escenarios de práctica del área de la salud.

II. CONSIDERACIONES GENERALES.

El presente concepto se limita a los aspectos contenidos en la iniciativa que involucran al sector educativo, sin perjuicio de lo que llegasen a considerar otras entidades, en el marco de sus competencias.

III. CONSIDERACIONES DE ORDEN CONSTITUCIONAL

Respecto al artículo 2°.

“Artículo 2°. Ámbito de aplicación. Las disposiciones de la presente ley se aplicarán a todas las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud que se instituyan como escenarios de práctica formativa en salud, a las Instituciones de Educación Superior que cuenten con programas académicos de especialización médicas y/o quirúrgicas debidamente acreditados, a los profesionales de la salud que cursen especializaciones médicas y/o quirúrgicas y a las autoridades de carácter nacional, regional y municipal que actúen dentro del Sistema de Seguridad Social en Salud”. (Subrayado fuera de texto).

Principio de igualdad

Una vez analizado el presente artículo, mediante el cual la iniciativa legislativa consagra que sus disposiciones se aplicarán, entre otras a “(...) las Instituciones de Educación Superior que cuenten con programas académicos de especialización médicas y/o quirúrgicas debidamente acreditados”,

este Ministerio considera que dicha disposición puede tener problemas de interpretación en cuanto a su alcance, atendiendo a que al hacer referencia a programas “*debidamente acreditados*” no es claro si la disposición va dirigida a programas académicos de especialización que tengan su registro calificado vigente o se circunscribe a programas acreditados en alta calidad.

De la redacción del presente artículo, podría deducirse que solamente se está contemplando a los programas académicos de especializaciones médicas o quirúrgicas con acreditación en alta calidad, lo cual excluiría a programas no acreditados, pero que tienen registro calificado, por lo cual esta disposición podría ser violatoria del derecho a la igualdad (artículo 13 superior) de los estudiantes que cursan estas especializaciones en instituciones que no han acreditado tales programas.

Cabe recordar que la acreditación en alta calidad es un proceso de carácter **voluntario** que puede ser institucional, es decir, de la Institución de Educación Superior, o de uno o varios programas ofertados por estas y se regula en los artículos 53 a 55 de la Ley 30 de 1992, así como en los artículos 2.5.3.7.1. y siguientes del Decreto número 1075 de 2015 - Único Reglamentario del Sector Educación.

Por su parte, el Registro Calificado, de acuerdo al artículo 1° de la Ley 1188 de 2008, “*es el instrumento del Sistema de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior mediante el cual el Estado verifica el cumplimiento de las condiciones de calidad por parte de las instituciones de educación superior*” y se otorga mediante acto administrativo por el Ministerio de Educación Nacional, siendo de carácter **obligatorio** para los programas de educación superior, según lo dispuesto en la Ley 1188 de 2008 y en los artículos 2.5.3.2.1.1. y siguientes del Decreto número 1075 de 2015 - Único Reglamentario del Sector Educación.

Si el presente proyecto de ley solo contempla programas académicos de especializaciones médicas y/o quirúrgicas que cuenten con acreditación voluntaria de calidad, se estaría excluyendo de los beneficios estatuidos a los estudiantes de programas no acreditados sin que esta discriminación cumpla los siguientes requisitos para ser aceptada: i) provenir de un trato diferenciado que obedezca a supuestos de hecho diferentes; ii) que se persiga un fin legítimo con ese trato diferenciado o que los medios sean idóneos para alcanzar dicho fin; y iii) que no exista un medio que sea menos lesivo para alcanzar dicha finalidad.

Observemos lo señalado por la Corte Constitucional respecto al test de igualdad en la Sentencia C-104 de 2016, en la cual reza lo siguiente:

“El juicio integrado de igualdad se compone entonces de dos etapas de análisis. En la primera, (i) se establece el criterio de comparación, patrón de igualdad o tertium comparationis, es decir, se precisa si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse y si se confrontan sujetos o situaciones

de la misma naturaleza. En esta parte, asimismo, (ii) se define si en el plano fáctico y en el plano jurídico existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales. Una vez establecida, (iii) la diferencia de trato entre situaciones o personas que resulten comparables, se procede, como segunda parte de este juicio, a determinar si dicha diferencia está constitucionalmente justificada, esto es, si los supuestos objeto de análisis ameritan un trato diferente a partir de los mandatos consagrados en la Constitución Política.

“Acorde con esta caracterización el Constituyente de 1991 consagró en el artículo 69 de la Carta Política el principio de autonomía universitaria, que en las sociedades modernas y posmodernas se considera como uno de los pilares del Estado democrático, pues solo a través de ella las universidades pueden cumplir la misión y objetivos que le son propios y contribuir al avance y apropiación del conocimiento, el cual dejando de lado su condición de privilegio, se consolida como un bien esencial para el desarrollo de los individuos y de la sociedad; dicho principio se traduce en el reconocimiento que el Constituyente hizo de la libertad jurídica que tienen las instituciones de educación superior reconocidas como universidades, para autogobernarse y autodeterminarse, en el marco de las limitaciones que el mismo ordenamiento superior y la ley les señalen. En tal sentido, en reiteradas oportunidades se ha pronunciado esta Corporación:

(...) el artículo 69 de la Constitución garantiza la autonomía universitaria, la cual encuentra fundamento en la necesidad de que el acceso a la formación académica de las personas tenga lugar dentro de un clima libre de interferencias del poder público tanto en el campo netamente académico como en la orientación ideológica, o en el manejo administrativo o financiero del ente educativo.

En ejercicio de su autonomía las universidades gozan de libertad para determinar cuáles habrán de ser sus estatutos; definir su régimen interno; estatuir los mecanismos referentes a la elección, designación y periodos de sus directivos y administradores; señalar las reglas sobre selección y nominación de profesores; establecer los programas de su propio desarrollo; aprobar y manejar su presupuesto (...)¹. (Subrayado fuera de texto)

En otro fallo más reciente, la Corte Constitucional resaltó que una de las prerrogativas que se derivan de la autonomía universitaria, es precisamente la facultad que tienen las instituciones de educación superior para cobrar los valores correspondientes como contraprestación al servicio educativo que brindan:

“Tratándose de entes de educación superior, la Corte entiende que la fijación de derechos académicos además corresponde al ámbito de autonomía que les reconoce la Carta Política (artículo 69 Const.), que los faculta, entre otros

aspectos importantes, para expedir libremente sus propios estatutos y adoptar su régimen interno, determinando al efecto las obligaciones surgidas entre educadores y educandos. Autonomía que, como lo ha precisado la jurisprudencia, es relativa no solo porque debe respetar los derechos protegidos en la Carta Política, en especial los de quienes aspiran a ingresar al respectivo claustro universitario, “sino porque el legislador regula su actuación y está facultado constitucionalmente para establecer las condiciones para la creación y gestión de dichos entes educativos (artículo 68 C.P.), para dictar las disposiciones con arreglo a las cuales se darán sus directivas y sus estatutos (artículo 69 C.P.) y para dictar su régimen especial.

Valga observar que, dentro de la autonomía instituida y como tales recursos permiten que las universidades puedan financiar el servicio educativo y así alcanzar sus objetivos propuestos, el Estado no puede inmiscuirse en su manejo.

En suma, no es cierto que esté prohibido constitucionalmente a las universidades el cobro de derechos académicos, ni que estos deban ser gratuitos, pues la Carta permite que aún en el sector público se pueda exigir pago, pero solamente a quienes tienen capacidad económica; con mayor razón, la retribución está justificada en el sector privado, donde se la considera como debida contraprestación por el servicio educativo desplegado por particulares². (Negrilla fuera de texto)

En este sentido, las instituciones de educación superior se encuentran plenamente facultadas para definir y organizar sus propias labores académicas, administrativas, financieras, culturales y científicas, según el modelo educativo que hayan adoptado y de acuerdo con sus orientaciones ideológicas y académicas.

En consecuencia y en virtud de dicha garantía, los artículos 5° y 12 del presente proyecto de ley podrían ser contrarios a la citada prerrogativa constitucional, porque estarían ordenando a las instituciones de educación superior públicas y privadas que modifiquen su organización financiera, con el fin de incluir dentro de su presupuesto los costos que actualmente deben asumir los estudiantes que aspiran a obtener una especialización en el área de la salud.

Cobro de valores por concepto de matrícula. Impacto fiscal de la iniciativa

“Artículo 6°. Fondo para la Financiación de Residencias Médicas. Créese el Fondo Nacional de Residencias Médicas para la financiación de residencias médicas, como una subcuenta de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES).

Los recursos del fondo serán girados directamente a la Institución Prestadora de Servicios de Salud, previa verificación de cumplimiento del contrato

¹ Sentencia C-220 de 1997.

² Sentencia C-654 de 2007.

especial para la práctica formativa de médicos residentes, el convenio docencia-servicio y de los programas de investigación y/o fortalecimiento del escenario de práctica, así como la evaluación de desempeño del mismo. (...)

Artículo 12. Matrículas de las especializaciones médicas en Colombia. *Las Instituciones de Educación Superior de carácter público o privado, no podrán cobrar por concepto de matrículas profesionales residentes, un valor superior al de los costos administrativos y operativos establecidos para cada programa de especialización médico-quirúrgicas (...)*”.

Cabe anotar que, si bien el proyecto de ley hace mención al “Fondo para la Financiación de Residencias Médicas” y posteriormente se mencionan algunas fuentes de financiación que tendría dicho fondo, es importante aclarar que este sufragaría las obligaciones que surgirían en virtud del “contrato especial” que celebrarían los estudiantes de especializaciones del área de la salud con la respectiva institución prestadora de salud. Por lo tanto, en los términos planteados por el proyecto de ley analizado, bajo ninguna circunstancia los recursos del fondo financiarían los gastos en los que incurrirían las instituciones de educación superior para el desarrollo de los mencionados programas académicos.

Para este Ministerio, se podría interpretar que la encargada de financiar el costo que implicaría el financiamiento de los estudios de especialización cursados por los residentes del área de la salud sea la nación y no las instituciones de educación superior. Al respecto, advertimos que dicha propuesta implicaría un impacto fiscal considerable para las finanzas públicas, frente a lo cual, no se encuentra que la iniciativa determine acertadamente la fuente de financiación para este tema.

En ese orden de ideas, se sugiere atender lo dispuesto en el artículo 7° de la Ley 819 de 2003, que dispone:

“Artículo 7°. Análisis del impacto fiscal de las normas. *En todo momento, el impacto fiscal de cualquier proyecto de ley, ordenanza o acuerdo, que ordene gasto o que otorgue beneficios tributarios, deberá hacerse explícito y deberá ser compatible con el Marco Fiscal de Mediano Plazo.*

Para estos propósitos, deberá incluirse expresamente en la exposición de motivos y en las ponencias de trámite respectivas los costos fiscales de la iniciativa y la fuente de ingreso adicional generada para el financiamiento de dicho costo”.

De esta manera para racionalizar el proceso legislativo y coadyuvar a la efectiva aplicación de las leyes, en el presente caso, el proyecto debe indicar un estimativo del costo fiscal, así como también, la definición de la fuente adicional de ingreso para su cubrimiento. Sobre esta exigencia, la Corte Constitucional se ha pronunciado en los siguientes términos:

“Evidentemente las normas contenidas en el artículo 7° de la Ley 819 de 2003 constituyen un importante instrumento de racionalización de la actividad legislativa, con el fin de que ella se realice con conocimiento de causa de los costos fiscales que genera cada una de las leyes aprobadas por el Congreso de la República. También permiten que las leyes dictadas estén en armonía con la situación económica del país y con la política económica trazada por las autoridades correspondientes. Ello contribuye ciertamente a generar orden en las finanzas públicas, lo cual, repercute favorablemente en la estabilidad macroeconómica del país. De la misma manera el cumplimiento de los requisitos establecidos en el mencionado artículo 7° ha de tener una incidencia favorable en la aplicación efectiva de las leyes, ya que la aprobación de las mismas solamente se producirá después de conocerse su impacto fiscal previsible y las posibilidades de financiarlo (...)”³.

Así las cosas, se tiene que para la Corte ha sido claro que el Congreso deberá valorar las incidencias fiscales de sus iniciativas, lo cual no ocurriría en el presente caso, por lo que consideramos que su contenido y alcance podría resultar contrario a lo establecido en el artículo 151 de la Constitución Política según el cual, las leyes orgánicas están llamadas a dirigir la actividad legislativa del Congreso de la República.

En tal sentido, y teniendo en cuenta que la Ley 819 de 2003 es de carácter orgánico, este Ministerio sugiere que se atienda lo allí dispuesto para efectos de dar trámite al proyecto de ley analizado, por lo que consideramos pertinente, que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público se pronuncie sobre el impacto fiscal de la iniciativa y su concordancia con el Marco Fiscal de Mediano Plazo.

Por lo expuesto, es dable señalar que lo procedente sería que, antes de que se apruebe el presente proyecto de ley, se estime el costo fiscal de la propuesta, así como los instrumentos de planeación necesarios para su cumplimiento, con el fin de evitar que una vez aprobada la ley se determine la imposibilidad financiera de cumplir la nueva norma, bajo esa segunda interpretación que, según lo expuesto, podría dársele a la iniciativa.

Prohibición de decretar auxilios o donaciones con cargo a recursos públicos

“Artículo 7°. Fuentes de Financiación del Fondo Nacional de Residencias Médicas. *Serán fuentes de financiación para el Fondo, las siguientes:*

1. *Los recursos destinados actualmente al fondo de becas establecido en el parágrafo 1° del artículo 193 de la Ley 100 de 1993.*
2. *El cero punto cinco por ciento (0.5%) de los recursos recaudados para el régimen contributivo de salud, incluidos los regímenes especiales, del Sistema General de Seguridad Social en Salud.*

³ Sentencia C-502 de 2007.

Parágrafo. Los actuales beneficiarios del fondo de becas establecido en el parágrafo 1° del artículo 193 de la Ley 100 de 1993 serán reconocidos automáticamente como beneficiarios del fondo que crea la presente ley. El Ministerio de Salud y Protección Social establecerá el mecanismo de traslado”. (Subrayado fuera de texto).

Este examen consiste en valorar los motivos y razones que fueron expresados para sustentar la medida estudiada y para obtener la finalidad pretendida. Para tal efecto y como metodología se analizan tres aspectos: (a) el fin buscado por la medida, (b) el medio empleado y (c) la relación entre el medio y el fin. Según su nivel de intensidad, este juicio puede tener tres grados: estricto, intermedio y leve”.

Atendiendo lo anterior, para este Ministerio el presente artículo, al contemplar solamente programas de especialización debidamente acreditados, puede generar confusión en cuanto a su ámbito de aplicación y en caso de que solamente haga referencia a programas acreditados en alta calidad, estaría excluyendo a estudiantes de programas que no se han acreditado en alta calidad, pero tienen vigente el registro calificado, por lo cual se solicita que se tengan en cuenta los reparos acá expuestos.

2. Respecto a los artículos 5° y 12

“Artículo 5°. Contrato especial para la práctica formativa de médicos residentes. El contrato de práctica formativa para residencia médica es una forma especial de contratación, cuya finalidad es la formación de médicos especialistas en áreas clínicas y quirúrgicas, mediante el cual el residente se obliga a prestar por el tiempo de duración del programa académico, un servicio personal, acorde al plan de delegación progresiva de competencias propias de la especialización, a cambio de lo cual recibe de la institución prestadora de servicios de salud, una remuneración que constituye un apoyo de sostenimiento educativo mensual, así como las condiciones, medios y recursos requeridos para el desarrollo formativo.

El apoyo de sostenimiento educativo mensual no será inferior a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes. (...)

Artículo 12. Matrículas de las especializaciones médicas en Colombia. Las Instituciones de Educación Superior de carácter público o privado, no podrán cobrar por concepto de matrículas profesionales a residentes, un valor superior al de los costos administrativos y operativos establecidos para cada programa de especialización médico-quirúrgicas.

Parágrafo 1°. Las Instituciones Prestadoras de Servicio de Salud (IPS) o Empresas Sociales del Estado (ESE), no podrán cobrar en dinero ni especie a las Instituciones de Educación Superior, por permitir la práctica de los profesionales en formación médico y/o quirúrgica en sus instalaciones.

Parágrafo 2°. El Ministerio de Salud y Protección Social en asocio con el Ministerio de Educación Nacional establecerán las pautas para la supervisión coordinada a las instituciones de educación superior en lo referente al costo de las matrículas de los residentes de programas de especialización en los términos de la presente ley”. (Subrayado fuera de texto).

Alcance de la iniciativa y el cobro de matrícula

Previo a la presentación de las observaciones por parte de este Ministerio, resulta pertinente precisar el alcance que tiene el proyecto de ley objeto de análisis, de acuerdo con las disposiciones contenidas en los artículos previamente citados.

En primer lugar, se observa que la iniciativa propuesta se orienta en el sentido de permitir a los profesionales del área de la salud, cursar estudios en programas de especializaciones médico-quirúrgicas ofertados por Instituciones de Educación Superior (de carácter público o privado), pagando por concepto de matrícula profesional un valor que no puede ser superior a lo establecido en materia de costos administrativos y operativos, según lo correspondiente a cada uno de estos programas. Adicionalmente, se busca que, para el costo de matrículas de los residentes de los programas de especialización mencionados, se establezcan pautas por parte del Ministerio de Salud y Protección Social y del Ministerio de Educación Nacional, para supervisar de manera coordinada a las Instituciones de Educación Superior (artículo 12).

Una vez la persona ingrese a la institución de educación superior y se matricule en el respectivo programa, celebraría un “contrato especial para la práctica formativa” con la institución prestadora de salud con la cual la institución de educación superior tenga celebrado el respectivo convenio de docencia - servicio, para la realización de las respectivas prácticas formativas en salud que estén previstas en el correspondiente plan de estudios, recibiendo de parte de la institución prestadora de servicios de salud una remuneración que constituye un apoyo de sostenimiento educativo mensual, así como las condiciones, medios y recursos requeridos para el desarrollo formativo (artículo 5°).

Aclarada la forma como quedaría regulado el ofrecimiento y desarrollo de programas de especialidades médicas y quirúrgicas en el área de la salud, de acuerdo con el presente proyecto de ley, a continuación presentamos nuestras consideraciones.

Cobro de valores por concepto de matrícula. Autonomía universitaria

Efectuado el análisis del artículo 12 del presente proyecto de ley, es de señalar que no es posible identificar quién tiene la obligación de asumir el costo financiero que conlleva la aplicación de dicha disposición.

Podría interpretarse que son las instituciones de educación superior las llamadas a asumir con su propio patrimonio la carga fiscal que conllevaría el

financiamiento de los estudios de especialización cursados por sus estudiantes, frente a lo cual, este Ministerio considera que la iniciativa podría resultar contraria a la autonomía universitaria consagrada en el artículo 69 de la Constitución Política y desarrollada en los artículos 28 y 29 de la Ley 30 de 1992, y ampliamente estudiada por la Corte Constitucional, en los siguientes términos:

Reiteramos que uno de los puntos centrales del proyecto es que las obligaciones que surjan del “*contrato especial*” que celebrarían los estudiantes de especializaciones del área de la salud con la respectiva institución prestadora de salud serían financiadas con cargo al “*Fondo Nacional de Residencias Médicas*”, cuyos recursos provendrían del fondo de becas establecido en el parágrafo 1° del artículo 193 de la Ley 100 de 1993, (para cuyo financiamiento concurre el Ministerio de Salud) y del 0.5% de lo recaudado para el régimen contributivo de salud, incluidos los regímenes especiales, del Sistema General de Seguridad Social en Salud, según lo indicado en los numerales 1 y 2 del artículo 7° de la iniciativa.

Bajo esa perspectiva, surge la duda si constitucionalmente es permitido que el mencionado fondo pueda financiar los contratos especiales cuando estos sean celebrados entre un estudiante y una institución prestadora de salud de naturaleza privada, máxime cuando se reitera, no se financia la matrícula del estudiante, sino la remuneración mensual no inferior a tres salarios mínimos y los beneficios prestacionales de “*(...) Seguridad Social en Salud, de Riesgos Laborales y General de Pensiones, cuyos aportes obligatorios serán pagados en su totalidad por la institución prestadora de servicios de salud con la cual se haya contraído el contrato de práctica formativa, e inclusive en los eventos en los cuales exista cofinanciación del apoyo de sostenimiento educativo mensual*”, incluyendo el disfrute de “*(...) quince (15) días hábiles de receso por cada período anual, en los cuales continuará recibiendo el apoyo de sostenimiento educativo mensual. Asimismo, tendrá derecho al reconocimiento y pago de las licencias por maternidad, paternidad, grave calamidad doméstica, luto y ejercicio del sufragio, según la normativa vigente*”.

En ese orden de ideas, observamos que con la iniciativa se estaría habilitando el pago de obligaciones derivadas de una relación contractual de naturaleza privada con cargo a los recursos del Tesoro Nacional, lo cual se enmarca dentro de las prohibiciones establecidas en el artículo 355 Superior que establece: “*Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado*”.

Frente a este punto, la Corte Constitucional en Sentencia C-324 de 2009, se pronunció en los siguientes términos:

“*Pues bien, la prohibición consagrada en el inciso primero del artículo 355 de la Carta se*

activará cuando la donación, auxilio, subsidio o incentivo, cualquiera que sea su origen, se reconozca por mera liberalidad como una simple transferencia de recursos y, no con criterio redistributivo, de manera que se convierta en un privilegio aislado, empaquetado en medidas paliativas que no contribuyan al bienestar general y, que en cambio, sí puedan ser usados como instrumentos de manipulación política. Es así como al endurecerse el control constitucional, la prohibición general de que trata la disposición en comento se materializará cuando se registre, al menos, uno de los siguientes eventos:

(...) La asignación será inconstitucional cuando obedezca a criterios de mera liberalidad, es decir, no se encuadre en una política pública reflejada en el Plan Nacional de Desarrollo o en los planes seccionales de desarrollo. (...)

Cuando el costo del subsidio para el Estado sea mayor que el beneficio social que se obtiene a partir de su implementación o cuando el auxilio o subsidio solo beneficie a un grupo de interés sin que reporte beneficios a la sociedad en su conjunto o contribuya a ampliar las diferencias sociales. (...)

Cuando el subsidio tenga vocación de permanencia convirtiéndose en una carga al presupuesto público, en la medida que el subsidio o auxilio está llamado a producir efectos inmediatos dentro de una determinada coyuntura económica, de manera que una vocación de permanencia indica que la situación o sector al cual se dirige requiere de otras y más profundas medidas estructurales”.

En el mismo fallo, la Corte Constitucional también explicó los requisitos para que un auxilio o subvención sea aceptado a la luz de lo dispuesto en el artículo 355 Superior:

“(i) *Albergar una finalidad estrictamente altruista y benéfica: Cuando este tipo de auxilio se otorga por mera liberalidad del Estado, se encontrará con que está prohibido por virtud del artículo 355 constitucional, pues debe asumirse que en países en vía de desarrollo como Colombia, debe privilegiarse el gasto social en concordancia con lo dispuesto en el artículo 350 superior, según el cual el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación.*

(...) De esta forma, la finalidad altruista del auxilio se encuentra autorizada únicamente cuando se dirige a alentar actividades o programas de interés público acordes con el plan de desarrollo y los planes seccionales de desarrollo, a través de entidades sin ánimo de lucro, con las cuales deberá suscribirse, previamente, un contrato. De esta manera se asegura una cierta reciprocidad a favor del Estado.

(ii) Derivarse de la facultad de intervención del Estado en la economía y, en consecuencia, orientarse al estímulo de una determinada

actividad económica; asignación que por mandato expreso del artículo 334 superior debe comportar una contraprestación, es decir, debe implicar un retorno para la sociedad en su conjunto, sin el cual la subvención carece de equidad y de toda justificación.

(iii) *Derivarse de un precepto constitucional que lo autorice expresamente, en orden a garantizar los derechos fundamentales vía acceso a bienes y servicios por parte de quienes tienen mayores necesidades y menores ingresos, con lo cual se garantiza una contraprestación o beneficio social”.*

Las anteriores consideraciones fueron ratificadas por la Corte Constitucional en la Sentencia C-412 de 2012, en la cual dispuso lo siguiente:

“La Corte explicó que los auxilios o subvenciones pueden ser de tres tipos. En primer lugar (1) aquellos que albergan una finalidad estrictamente altruista y benéfica. En segundo lugar (2) los que tienen su fundamento en la facultad de intervención del Estado en la economía orientándose al estímulo de una determinada actividad económica. Finalmente, en tercer lugar, (3) las subvenciones que se establecen a partir de un precepto constitucional que prevé –a fin de garantizar los derechos fundamentales– una autorización expresa.

(...) Conforme a ello y tomando como punto de partida la existencia o no de una contraprestación –o el reporte de un beneficio social– la Corte señaló que el primer tipo de auxilios eran aceptables, siempre que se encuadren en los supuestos del segundo inciso del artículo 355 de la Constitución dado que, en esos eventos, podía constatarse algún grado de reciprocidad. En el caso del segundo tipo de auxilio o subvención –que se establecen con fundamento en el artículo 334 de la Constitución– la Corte advirtió que, para no tenerse por prohibido, debe implicar un retorno para la sociedad en su conjunto, sin el cual la subvención carece de equidad y de toda justificación. Adicionalmente, refiriéndose a la última clase, señaló que tal tipo de subvenciones debían buscar asegurar el acceso a bienes y servicios por parte de las personas que tienen mayores necesidades y menores ingresos”.

Bajo ese contexto, en opinión de este Ministerio, la destinación de recursos públicos para financiar contratos de naturaleza privada, según lo señalado en el proyecto de ley analizado, puede no encuadrar en ninguno de los tres supuestos autorizados a los que ha hecho referencia la jurisprudencia constitucional, por cuanto: i) no está de por medio la celebración de “*contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo*” según lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 355 de la Carta; ii) no se trata de una intervención que haga el Estado con el propósito de estimular algún sector de la economía (artículo 334

de la Carta); iii) no se trata de una medida temporal; iv) no tiene previsto un criterio de focalización, pues la medida propuesta no está orientada principalmente a proteger a personas de bajas condiciones socioeconómicas; y v) no corresponde al cumplimiento de un mandato constitucional que tenga como fin que las personas que se encuentren en un estado de debilidad manifiesta puedan acceder en igualdad de condiciones a los bienes y servicios que ofrece el mercado.

IV. CONSIDERACIONES DE CONVENIENCIA

Respecto de los artículos 5º, 6º y 7º

Sin perjuicio de las consideraciones de orden constitucional presentadas en el anterior capítulo frente a las referidas disposiciones, al Ministerio de Educación Nacional le surge el interrogante si la propuesta de regulación implicaría limitar la apertura de nuevos cupos en programas de especialización en el área de la salud por parte de las instituciones de educación superior.

En efecto, si las instituciones de educación superior no pueden exigir a los estudiantes de los referidos programas el pago de la matrícula, y adicionalmente, ellos tendrían un “*contrato especial*” con la institución prestadora de salud en donde hagan sus prácticas formativas (el cual sería financiado con los recursos del “*Fondo Nacional de Residencias Médicas*”), ello en principio supondría que el número de cupos nuevos por periodo académico que abra cada institución de educación superior dependería de la disponibilidad de recursos con los que cuente el Ministerio de Salud y Protección Social para ser girados a dicho fondo lo cual podría afectar negativamente la apertura de nuevos cupos en los programas académicos de especialización en el área de la salud.

V. CONCLUSIÓN

El Ministerio de Educación Nacional reconoce la intención loable de la iniciativa. Sin embargo, de acuerdo con los argumentos esgrimidos, los cuales evidencian razones de inconstitucionalidad y de inconveniencia en la iniciativa legislativa, se solicita al honorable Congreso de la República considerar el archivo del proyecto de ley analizado.

LA COMISIÓN SÉPTIMA CONSTITUCIONAL PERMANENTE DEL HONORABLE SENADO DE LA REPÚBLICA –

Bogotá, D. C., a los tres (03) días del mes de abril del año dos mil dieciocho (2018) - En la presente fecha se autoriza la publicación en *Gaceta del Congreso* de la República, las siguientes Consideraciones.

Concepto: Ministerio de Educación Nacional

Refrendado por: doctora Yaneth Giha Tovar – Ministra

Al Proyecto de ley número 261/2017 Senado y 272/2017 Cámara,

Título del proyecto: “*por medio del cual se crea el Fondo Nacional de Residencias Médicas y se reglamenta el sistema de residencias médicas en Colombia*”.

Número de folios: ocho (8) folios

Recibido en la Secretaría de la Comisión Séptima del Senado el día: martes tres (03) de abril de 2018

Hora: 9:24 a. m.

Lo anterior, en cumplimiento de lo ordenado en el inciso 5 del artículo 2° de la Ley 1431 de 2011.

El Secretario.



JESÚS MARÍA ESPAÑA VERGARA
SECRETARIO GENERAL
Comisión Séptima del H. Senado de la República

* * *

CONCEPTO JURÍDICO ANDI AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 01 DE 2017 SENADO

por medio del cual se reduce la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo a quienes tienen bajo su cuidado a personas diagnosticadas con enfermedad en fase terminal.

La Asociación Nacional de Empresarios de Colombia (ANDI), inspirada en el bien común, en la democracia participativa y en la búsqueda del mayor desarrollo y beneficio social para los colombianos, se permite presentar sus opiniones con respecto al Proyecto de ley número 01 de 2017 Senado, que tiene por objeto reducir la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo a quienes tienen bajo su cuidado a personas diagnosticadas con enfermedades en fase terminal.

La ANDI, que comparte plenamente la importancia de la protección y cuidado de las personas diagnosticadas como enfermo en fase terminal, considera importante que se tenga en cuenta el artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo, que regula las obligaciones especiales del empleador, y, particularmente sobre el numeral 6° del mismo, que hace referencia a las licencias que deben concederse a los trabajadores en varios eventos, entre ellos, el de grave calamidad doméstica debidamente comprobada.

Sobre este deber del empleador, la Corte Constitucional señala que constituye un desarrollo de los principios constitucionales de solidaridad y dignidad, así como del respeto a los derechos

fundamentales del trabajador. En la Sentencia C-930 de 2009, la Corte dijo:

“En el caso de grave calamidad doméstica debidamente comprobada, median también claras razones de solidaridad que implican que el empleador esté obligado a responder de forma humanitaria ‘**ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas**’. En efecto, el Código Sustantivo del Trabajo no define qué es la calamidad doméstica, pero para efectos de las licencias a que alude la norma acusada, ha de ser entendida **como todo suceso familiar cuya gravedad afecte el normal desarrollo de las actividades del trabajador, en la cual pueden verse amenazados derechos fundamentales de importancia significativa en la vida personal o familiar del mismo, como por ejemplo una grave afectación de la salud o la integridad física de un familiar cercano –hijo, hija, padre, madre, hermano, cónyuge o compañero–**, el secuestro o la desaparición del mismo, una afectación seria de la vivienda del trabajador o de su familia por caso fortuito o fuerza mayor, como incendio, inundación o terremoto, para citar algunos ejemplos. Todas estas situaciones, u otras similares, pueden comprometer la vigencia de derechos fundamentales de los afectados, o irrogarles un grave dolor moral, y los obligan a atender prioritariamente la situación o la emergencia personal o familiar, por lo cual no están en condiciones de continuar la relación laboral prestando su servicio personal, existiendo un imperativo de rango constitucional para suspender el contrato de trabajo”.

En la misma sentencia, la Corte explica que la duración de la licencia obligatoria remunerada con motivo de grave calamidad doméstica no puede establecerse de manera general y abstracta, sino con base en cada caso concreto. Textualmente, la Corte menciona que:

“No siendo posible establecer de manera previa, general y abstracta cuál es el espacio de tiempo durante el cual debe concederse al trabajador la licencia remunerada para atender la calamidad doméstica que lo aqueja en cada caso concreto, la Sala entiende que dicha duración debe ser convenida entre el empleador y el trabajador en cada evento, atendiendo al mencionado principio de razonabilidad”.

Como bien lo anota la Corte Constitucional, el término de duración de una calamidad doméstica, como lo es el caso de la enfermedad en fase terminal de un familiar del trabajador, es imposible de establecer de manera, previa y abstracta, como lo pretende el proyecto de ley a través de la disminución de la jornada laboral.

Fuera del término de duración, un caso de grave calamidad doméstica implica el análisis concreto de otros muchos factores, por ejemplo, si hay otro familiar cercano que puede acompañar y hacerse cargo como cuidador permanente de la persona

diagnosticada con enfermedad terminal. El proyecto de ley no atiende a estos aspectos concretos.

Es importante tener en cuenta que la creación de nuevas leyes puede generar confusión y probablemente menos protección de la actual para las personas diagnosticadas con enfermedades terminales, dado los vacíos que ofrece el proyecto de ley.

El proyecto de ley hace referencia a la jornada laboral del familiar de la persona diagnosticada con enfermedad terminal, sin considerar cómo se prueba la condición de cuidador permanente y muchos otros aspectos que se desprenden de la relación laboral y de la protección a la familia.

En ese sentido, no recoge, como sí lo hace la jurisprudencia y normas en materia de seguridad social en salud, aspectos relevantes de la protección a personas con enfermedades terminales.

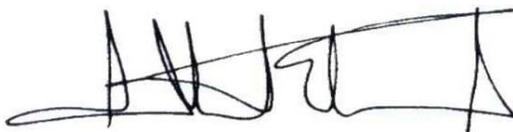
Por otro lado, la obligación de otorgar un cuidador permanente y capacitado a aquellas personas que se encuentran en una condición de salud grave, diagnosticados con enfermedades en fase terminal y que requieren cuidados especiales, debería ser de las Entidades Prestadoras de Salud, quienes deben proporcionar asistencia profesional para garantizar el bienestar del paciente.

En ese sentido, se pronunció la Corte Constitucional al indicar que:

“se vulneran los derechos fundamentales del paciente y de su cuidador cuando se niega la asistencia profesional bajo el argumento de que el cuidado en casa es una labor que debe realizarse de forma exclusiva por la familia. Encuentra, asimismo, que se genera una amenaza de la estabilidad de la salud, tanto del paciente como del cuidador, cuando se le exige a este último asistir al primero, a pesar de manifestar la imposibilidad de hacerlo, por causa de situaciones sobre las cuales no se tiene incidencia como la salud y la edad. La finalidad de ordenar la asistencia de una enfermera domiciliar resulta ser, entonces la protección del derecho a la salud de ambas personas”.

En suma, en vista de la claridad de los criterios de interpretación de la jurisprudencia de la Corte Constitucional frente a los casos de grave calamidad doméstica, y de que el proyecto de ley no lograría la protección de aquellas personas diagnosticadas con enfermedades terminales, la ANDI solicita que este proyecto de ley sea archivado.

Cordialmente,



Alberto Echavarría Saldarriaga
Vicepresidente de Asuntos Jurídicos

Bogotá, D. C., septiembre 26 de 2017

LA COMISIÓN SÉPTIMA CONSTITUCIONAL
PERMANENTE DEL HONORABLE
SENADO DE LA REPÚBLICA.

Bogotá, D. C., a las tres (3) días del mes de abril del año dos mil dieciocho (2018)

En la presente fecha se autoriza la **publicación en Gaceta del Congreso de la República**, las siguientes Consideraciones.

Concepto: Asociación Nacional de Empresas de Colombia (ANDI).

Refrendado por: doctor *Alberto Echavarría Saldarriaga* - Vicepresidente de Asuntos Jurídicos.

Al Proyecto de ley número 01 de 2017 Senado

Título del proyecto: *por medio del cual se reduce la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo a quienes tienen bajo su cuidado a personas diagnosticadas con enfermedad en fase terminal.*

Número de folios: tres (3) folios

Recibido en la Secretaría de la Comisión Séptima del Senado el día: martes tres (3) de abril de 2018.

Hora: 11:25 a. m.

Lo anterior, en cumplimiento de lo ordenado en el inciso 5° del artículo 2° de la Ley 1431 de 2011.

El Secretario,



JESÚS MARÍA ESPAÑA VERGARA
SECRETARIO GENERAL
Comisión Séptima del H. Senado de la República

* * *

**CONCEPTO JURÍDICO ANDI AL
PROYECTO DE LEY NÚMERO 265 DE 2017
SENADO, 094 DE 2016 CÁMARA**

por medio del cual se prohíbe la práctica de la prueba de embarazo como requisito laboral y se dictan otras disposiciones.

La Asociación Nacional de Empresarios de Colombia (ANDI), inspirada en el bien común, en la democracia participativa y en la búsqueda del mayor desarrollo y beneficio social para los colombianos, se permite presentar sus opiniones con respecto al Proyecto de ley número 265 de 2017 de Senado, 094 de 2016 de Cámara, *por medio del cual se prohíbe la práctica de prueba de embarazo como requisito laboral y se dictan otras disposiciones.*

La Jurisprudencia actual y el Ministerio del Trabajo, ya regulan de manera adecuada, la situación planteada por el proyecto de ley:

La Corte Constitucional señala que la exigencia de pruebas de embarazo implica la vulneración de derechos fundamentales a la trabajadora y, consagra la excepción al empleador de poder practicarla, cuando se trate de empleos en los que existan riesgos reales o potenciales. La Corte en Sentencia T-583/2017 dijo:

“De este modo, la jurisprudencia constitucional ha precisado que la exigencia de pruebas de embarazo por parte de una empresa, con el propósito de condicionar el ingreso o la estabilidad de la trabajadora en la nómina de la misma, expone a las mujeres a una forzada escogencia entre sus oportunidades de trabajo y su derecho y expectativa de ejercer la maternidad. Además, es una conducta reprochable que implica la vulneración de los derechos a la intimidad de la empleada, del libre desarrollo de su personalidad y su derecho al trabajo. En efecto, el empleador solo puede ordenar la prueba de embarazo, cuando se trate de empleos en los que existan riesgos reales o potenciales que puedan incidir negativamente en el normal desarrollo de la gestación”.

El Ministerio de Trabajo ha establecido que la prueba de embarazo ordenada por el empleador es procedente cuando las actividades del trabajo impliquen un riesgo para la vida de la madre aspirante y el normal desarrollo del embarazo. Esto con el único y exclusivo fin de evitar que la trabajadora se exponga a factores que puedan causarle daño a ella o al feto. (Resolución número 3716 de 1994).

Establece que solo se podrán solicitar pruebas de embarazo cuando se deban realizar actividades catalogadas por el Ministerio del Trabajo como de alto riesgo para la salud:

El proyecto de ley establece que solo se podrán solicitar pruebas de embarazo como requisito o prerequisite para acceder a un empleo u ocupación cuando se deban realizar actividades catalogadas por el Ministerio de Trabajo como de alto riesgo para la salud.

Al respecto, es necesario mencionar que el mundo de las actividades laborales en Colombia es amplio, variado y dinámico, de tal manera que las regulaciones adoptadas por el Ministerio del Trabajo sobre actividades que generen alto riesgo para la salud, al ser taxativas, pueden dejar por fuera otras actividades riesgosas para la salud de la mujer gestante.

En conclusión, establecer una prohibición general de realizar la prueba de embarazo puede resultar perjudicial para la salud de la mujer gestante, ya que se pueden dejar por fuera actividades que pueden resultar riesgosas.

Igualmente, este tipo de prohibiciones pueden restringir el acceso a ciertos tipos de empleo a la mujer, ya que el empleador al no tener la facultad de prevenir totalmente el riesgo, preferirá que estos puestos de trabajo sean ocupados por hombres, lo cual puede generar discriminaciones de género.

Es así, como debe ser a criterio del empleador, quien tiene conocimiento pleno de los posibles riesgos de un puesto de trabajo, realizar la prueba de embarazo como prerequisite para acceder a una ocupación que pueda implicar riesgos para una mujer en estado de embarazo.

Por las razones expuestas la ANDI respetuosamente solicita que el proyecto de ley sea modificado de acuerdo a la jurisprudencia vigente, o de lo contrario solicitamos su archivo.

PROPUESTA DE REDACCIÓN

Teniendo en cuenta lo expuesto, respetuosamente proponemos la siguiente redacción para el artículo 1° del proyecto de ley:

Modifíquese el artículo 1° del Proyecto de ley número 094 de 2016 Cámara, 265 de 2017 Senado, por medio de la cual se prohíbe la práctica de la prueba de embarazo como requisito laboral y se dictan otras disposiciones, que quedará así:

“Artículo 1°. El empleador o cualquiera de sus representantes no podrá practicar la prueba de embarazo o certificación médica de ausencia de estado de gravidez, como requisito o prerequisite para cualquier parte del proceso de selección, vinculación, promoción laboral, permanencia o renovación laboral para cualquier cargo o empleo, sea este de carácter público o privado.

Parágrafo 1°. El empleador o cualquiera de sus representantes podrá ordenar la prueba de embarazo cuando se trate de empleos en los que existan riesgos reales o potenciales que puedan incidir negativamente en el normal desarrollo de la gestación”.

Cordialmente,



Alberto Echavarría Saldarriaga
Vicepresidente de Asuntos Jurídicos

Bogotá, D. C., diciembre 12 de 2017

LA COMISIÓN SÉPTIMA CONSTITUCIONAL
PERMANENTE DEL HONORABLE
SENADO DE LA REPÚBLICA.

Bogotá, D. C., a los tres (3) días del mes de abril del año dos mil dieciocho (2018)

En la presente fecha se autoriza **la publicación en Gaceta del Congreso de la República**, las siguientes Consideraciones.

Concepto: Asociación Nacional de Empresarios de Colombia (ANDI).

Refrendado por: doctor *Alberto Echavarría Saldarriaga* - Vicepresidente de Asuntos Jurídicos.

Al Proyecto de ley número 265 de 2017 Senado y 094 de 2016 Cámara

Título del proyecto: *por medio del cual se prohíbe la práctica de la prueba de embarazo como requisito laboral y se dictan otras disposiciones.*

Número de folios: tres (03) folios

Recibido en la Secretaría de la Comisión Séptima del Senado el día: martes (3) de abril de 2018.

Hora: 11:24 a. m.

Lo anterior, en cumplimiento de lo ordenado en el inciso 5° del artículo 2° de la Ley 1431 de 2011.

El Secretario,



JESÚS MARÍA ESPAÑA VERGARA
SECRETARIO GENERAL
Comisión Séptima del Senado de la República

CONTENIDO

Gaceta número 113 - Jueves, 5 de abril de 2018

SENADO DE LA REPÚBLICA

PROYECTOS DE LEY

Proyecto de ley número 204 de 2018 Senado, por medio de la cual se modifica el artículo 225 del Código Penal sobre retractación en los delitos de Injuria y Calumnia.	1
--	---

Proyecto de ley número 206 de 2018 Senado, por la cual se modifica la Ley 23 de 1982 y se establecen otras disposiciones en materia de Derecho de Autor y Derechos Conexos.	4
CONCEPTOS JURÍDICOS	
Concepto jurídico Ministerio de Hacienda y Crédito Público al informe de ponencia para tercer debate al Proyecto de Ley número 261 de 2017 Senado, 272 de 2017 Cámara, por medio de la cual se crea el Fondo Nacional de Residencias Médicas y se reglamenta el Sistema de Residencias Médicas en Colombia.....	20
Concepto jurídico del Ministerio de Trabajo al Proyecto de ley número 83 de 2016 Senado, por la cual se brindan las condiciones de protección y formalización a los trabajadores por días, estacionales o de temporada.	25
Conceptos jurídicos Ministerio de Educación Nacional al Proyecto de ley número 272 de 2017 Cámara, 261 de 2017 Senado, por medio del cual se crea el Fondo Nacional de Residencias Médicas y se reglamenta el Sistema de Residencias Médicas en Colombia.....	
33Concepto jurídico Andi al Proyecto de ley número 01 de 2017 Senado, por medio del cual se reduce la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo a quienes tienen bajo su cuidado a personas diagnosticadas con enfermedad en fase terminal.....	41
Concepto jurídico Andi al Proyecto de ley número 265 de 2017 Senado, 094 de 2016 Cámara, por medio del cual se prohíbe la práctica de la prueba de embarazo como requisito laboral y se dictan otras disposiciones.....	42