



GACETA DEL CONGRESO

SENADO Y CÁMARA

(Artículo 36, Ley 5ª de 1992)

IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA
www.imprenta.gov.co

ISSN 0123 - 9066

AÑO XXVI - N° 881

Bogotá, D. C., miércoles, 4 de octubre de 2017

EDICIÓN DE 28 PÁGINAS

DIRECTORES:

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

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

RAMA LEGISLATIVA DEL PODER PÚBLICO

SENADO DE LA REPÚBLICA

CONCEPTOS JURÍDICOS

CONCEPTOS JURÍDICOS MINHACIENDA AL INFORME DE PONENCIA PARA SEGUNDO DEBATE DEL PROYECTO DE LEY NÚMERO 129 DE 2017 SENADO, 095 DE 2016 CÁMARA

por medio de la cual se establece la estabilidad laboral reforzada de la mujer vinculada mediante contrato de prestación de servicios cuando sobrevenga el embarazo o la lactancia y se dictan otras disposiciones.

1.1

Bogotá, D. C.

Honorable Representante

MIGUEL ÁNGEL PINTO HERNÁNDEZ

Cámara de Representantes

Congreso de la República de Colombia

Carrera 7N° 8-68 Edificio Nuevo del Congreso

Bogotá, D. C.

Asunto: Consideraciones del Ministerio de Hacienda y Crédito Público frente al informe de ponencia para segundo debate del Proyecto de ley número 129 de 2017 Senado, 095 de 2016 Cámara, por medio de la cual se establece la estabilidad laboral reforzada de la mujer vinculada mediante contrato de prestación de servicios cuando sobrevenga el embarazo o la lactancia y se dictan otras disposiciones.

Respetado Presidente:

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

El proyecto de ley de iniciativa parlamentaria tiene por objeto “...establecer la estabilidad laboral reforzada o fuero de maternidad en favor de la mujer vinculada mediante contrato de prestación de servicios cuando sobrevenga el embarazo o la lactancia ...”.

En desarrollo del mismo, establece (i) una presunción de discriminación cuando el contrato de prestación de servicios se dé por terminado unilateralmente por la parte contratante durante el embarazo, lactancia o con ocasión de estos, (ii) el reconocimiento de una licencia remunerada de maternidad de catorce (14) semanas con dos (2) semanas adicionales cuando se presente el nacimiento de un hijo prematuro, (iii) dos permisos de treinta (30) minutos para lactancia durante la jornada laboral por un periodo de seis (6) meses, (iv) licencia por paternidad por un término de ocho (8) días hábiles y (v) la prohibición de terminación del contrato por motivo de embarazo o lactancia salvo que medie autorización de la autoridad competente, lo cual deberá ser reglamentado por el Ministerio de Trabajo en un término de seis (6) meses.

En lo relacionado con el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad y paternidad, se debe precisar que de conformidad con lo establecido en el artículo 207 de la Ley 100 de 1993¹, las licencias de maternidad son financiadas por el Fondo de Solidaridad, de su subcuenta de compensación. Igualmente, de acuerdo con lo establecido en las Leyes 755 de 2002², 1468

¹ Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones.

² Por la cual se modifica el parágrafo del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo - Ley María.

de 2011³ y la reciente Ley 1822 de 2017⁴ “... *La licencia remunerada de paternidad será a cargo de la EPS, para lo cual se requerirá que el padre haya estado cotizando efectivamente durante las semanas previas al reconocimiento de la licencia remunerada de paternidad ...*”. Por lo tanto, actualmente, las licencias de maternidad y paternidad son reconocidas por el régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud y pagadas por cada una de las Entidades Promotoras de Salud, para todos los afiliados a este régimen, en las mismas condiciones, sin atender al tipo de vinculación⁵. Así las cosas, el derecho a disfrutar del descanso remunerado por maternidad o paternidad en nada se relaciona con el vínculo contractual, ya sea este un contrato de trabajo o de prestación de servicios.

Adicionalmente, con respecto al término de duración de las licencias de maternidad y paternidad. Se debe tener en cuenta que mediante la Ley 1822 de 2017 se modificaron los artículos 236 y 238 del Código Sustantivo del Trabajo, ampliando el número de semanas previsto para el descanso remunerado en la época de parto, de catorce (14) semanas a dieciocho (18) semanas para las madres y manteniendo en 8 días hábiles la curación de la licencia de paternidad. Por lo tanto, a juicio de esta Cartera resulta innecesario lo propuesto en el proyecto de ley con respecto al reconocimiento y pago de las licencias de maternidad y paternidad, toda vez que la normativa vigente establece con suficiente claridad los requisitos, duración y forma de

pago de las mismas, garantizando el acceso a las mismas para la población que se pretende sea protegida con la presente iniciativa. Además, es regresiva por cuanto disminuye el descanso remunerado a catorce (14) semanas.

Ahora bien, en lo relacionado con la estabilidad laboral reforzada, se establece una presunción de discriminación cuando el contrato de prestación de servicios se dé por terminado unilateralmente por la parte contratante durante el embarazo, lactancia o con ocasión de estos.

En este sentido, los artículos 7° y 8° de la iniciativa prohíben la terminación del contrato de prestación de servicios por motivo de embarazo o lactancia. Y solo podrá darse por terminado a través de la autorización respectiva de la autoridad competente, y por incumplimiento de las obligaciones contractuales o por causa sobreviniente al objeto del contrato. No obstante, esta cartera encuentra contradicción de esta disposición con lo dispuesto en el artículo 3° que consagra la presunción de un acto de discriminación cuando la terminación es con ocasión o durante el embarazo. De consagrarse la presunción por el solo hecho de darse “...*durante el embarazo o la lactancia...*” no aplicaría en ningún caso la terminación por las causas contractuales previstas.

Un escenario de estos podría implicar erogaciones adicionales para la Nación y las Entidades Territoriales como contratantes permanentes de personas naturales en la medida que dicha presunción puede acarrear sanciones pecuniarias. Asimismo, daría lugar a la extensión o renovación automática de los contratos más allá de su término original, lo que requeriría de recursos adicionales para su cumplimiento afectando el plan de compras y la disponibilidad presupuestal de cada entidad pública. Adicionalmente, cuando se trate de contratos por obras o labores puntuales, al momento de culminarse su ejecución no habría lugar a extender el contrato, dando lugar a que la contratista en periodo de embarazo o lactancia no tendría funciones a desarrollar.

Es de saber que una presunción admite prueba en contrario lo que en el caso concreto es el incumplimiento de las obligaciones contractuales, la desaparición de las causas que dieron origen al mismo, o cualquier situación sobreviniente que puede suceder durante el periodo de embarazo o lactancia, razón por la cual este Ministerio sugiere la eliminación de la presunción “*durante*” y que sea exclusivamente “*con ocasión*” del embarazo o lactancia. Sin perjuicio de lo anterior, resulta necesario guardar prudencia en el accionar de este tipo de garantías que por recaer en sujetos específicas contraen una connotación de género que no siempre responde a favor de su titular, en

³ Por la cual se modifican los artículos 236, 239, 57, 58 del Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.

⁴ Por medio de la cual se incentiva la adecuada atención y cuidado de la primera infancia, se modifican los artículos 236 y 239 del Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.

⁵ “...Artículo 207. *De las licencias por maternidad.* Para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157, el régimen contributivo reconocerá y pagará a cada una de las Entidades Promotoras de Salud, la licencia por maternidad de conformidad con las disposiciones legales vigentes. El cumplimiento de esta obligación será financiado por el Fondo de Solidaridad, de su subcuenta de compensación, como una transferencia diferente de las Unidades de Pago por Capitalización UPC.

Artículo 157. *Tipos de participantes en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.*

A. Afiliados al Sistema de Seguridad Social. (...)

Existirán dos tipos de afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud:

1. Los afiliados al Sistema mediante el régimen contributivo son las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago. Estas personas deberán afiliarse al Sistema mediante las normas del régimen contributivo de que trata el Capítulo I del Título III de la presente ley...”.

este caso la mujer, y se traduce en desincentivas en su contratación, menos ingresos y una estabilidad laboral entre dicha. Es una realidad que el exceso de afirmaciones positivas o el refuerzo de “fueros” no siempre consiguen el efecto esperado y, por el contrario, se convierten en obstáculos en el acceso o protección de las garantías que inicialmente persiguen estos mecanismos.

De otro lado, los artículos 7° y 8° de la iniciativa refieren a una autoridad competente que deberá emitir la autorización para la terminación del contrato de prestación de servicios que corresponda; sin embargo, no determina a qué autoridad se otorgará la competencia para dirimir este tipo de conflictos y expedir los permisos respectivos, por lo tanto, sin perjuicio de la reglamentación que se pueda realizar, se recomienda que sea la ley la que determine en cabeza de qué autoridad quedará asignada dicha competencia.

Por las razones antes expuestas, este Ministerio 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 manifestarle muy atentamente la voluntad de colaborar con la actividad legislativa.

Cordialmente,


ANDRÉS ESCOBAR ARANGO
Viceministro Técnico
Ministerio de Hacienda y Crédito Público

C.C.: Honorable Representante Rafael Romero Piñeros - Ponente

Honorable Representante Guillermo Bravo Montaña - Ponente - Autor

Honorable Representante Carlos Eduardo Guevara Villabón - Autor

Honorable Representante Ana Paola Giraldo García - Autor

Honorable Representante Jorge Camilo Abril Tarache - Autor

Honorable Representante Nancy Denise Castillo García - Autor

Honorable Representante Flora Perdomo Andrade - Autor

Honorable Representante Clara Leticia Rojas González - Autor

Honorable Representante Luis Évelis Andrade Casamá - Autor

Doctor Jorge Humberto Mantilla Serrano - Secretario General de Cámara de Representantes.

COMISIÓN SÉPTIMA CONSTITUCIONAL
PERMANENTE DEL HONORABLE SENADO
DE LA REPÚBLICA

Bogotá, D. C., a los veintiocho (28) días del mes de septiembre del año dos mil diecisiete (2017).

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 Escobar Arango* - Viceministro Técnico

Al Proyecto de ley número 129 de 2017 Senado y 095 de 2016 Cámara

Título del proyecto: *por medio de la cual se establece la estabilidad laboral reforzada en favor de la mujer vinculada mediante contrato de prestación de servicios cuando sobrevenga el embarazo o la lactancia y se dictan otras disposiciones.*

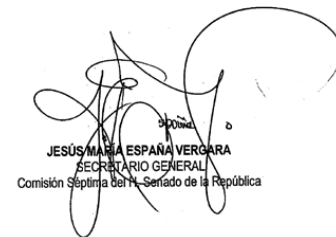
Número de folios: tres (3) folios

Recibido en la Secretaría de la Comisión Séptima del Senado el día: Seis (6) de febrero de 2017.

Hora: 2:32 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 JUSTICIA Y DEL DERECHO AL
PROYECTO DE LEY NÚMERO 111 DE
2017 SENADO, 161 DE 2016 CÁMARA**

Bogotá, D. C., enero 27 de 2017

Doctor

VÍCTOR RAÚL YEPES FLÓREZ

Secretario General

Comisión Séptima - Cámara de Representantes

Congreso de la República

Carrera 7 N° 8-68

Ciudad.

Asunto: Concepto Consejo Superior de Política Criminal - Proyecto de ley número 111 de 2017 Senado, 161 de 2016 Cámara

Respetado doctor Yepes:

De manera atenta, me permito remitirle el concepto del Consejo Superior de Política Criminal, emitido el 24 de enero del año en curso, al **Proyecto de ley número 111 de 2017 Senado, 161 de 2016 Cámara**, por medio de la cual se da un enfoque de salud pública a la problemática del consumo de la drogas en Colombia y se dictan otras disposiciones.

De igual manera, agradezco circular el respectivo concepto a los autores, ponentes y congresistas integrantes de la Comisión para su conocimiento y fines pertinentes.

Cordialmente,



MARÍA CONSUELO SANDOVAL GÓMEZ
Directora de Política Criminal y Penitenciaria (E)
Secretaría Técnica Consejo Superior de Política Criminal (E)

Anexos: Concepto CSPC número 16,23: PL 161/16 C (dosis mínima), seis (6) folios.

CONSEJO SUPERIOR DE POLÍTICA CRIMINAL

ESTUDIO DEL CONSEJO SUPERIOR DE POLÍTICA CRIMINAL AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 161 DE 2016 CÁMARA

por medio de la cual se da un enfoque de salud pública a la problemática del consumo de las drogas en Colombia y se dictan otras disposiciones.

Proyecto de ley número 161 de 2016 Cámara	
<i>por medio de la cual se da un enfoque de salud pública a la problemática del consumo de las drogas en Colombia y se dictan otras disposiciones</i>	
Autores	Representantes <i>Tatiana Cabello, Samuel Hoyos, Federico Hoyos y otros</i>
Fecha de radicación	octubre 5 de 2016
Estado actual	Pendiente discutir ponencia para primer debate
Referencia	Concepto número 16.23

El análisis del proyecto de ley se realizó sobre el texto que presentaron los Representantes Tatiana Cabello, Samuel Hoyos, Federico Hoyos. El texto se estudió y analizó por el Comité Técnico del Consejo Superior de Política Criminal en sesión del 17 de noviembre de 2016.

1. Objeto del proyecto de ley

De acuerdo con la exposición de motivos, se propone descriminalizar el porte y consumo de la dosis mínima de sustancias psicoactivas ilícitas, así como establecer la presunción legal de porte de la dosis mínima. Se consagran, además, unas

excepciones para algunas personas a quienes no les estaría permitido el porte o consumo; por ejemplo, quienes realicen las siguientes actividades, profesiones u oficios: aquellos que manipulen armas de fuego ya sea de carácter público o privado; quines conduzcan vehículos automotores para el transporte terrestre, aéreo, marítimo y fluvial de servicio público o de uso particular; funcionarios y servidores públicos; operarios de maquinaria pesada; trabajadores en actividades relacionadas con ciencias de la salud humana, como médicos, cirujanos, enfermeros entre otros; para todos aquellos que implique el cuidado, guarda o custodia de menores de edad como profesores, niñeras y madres comunitarias, y para quienes realicen actividades asociadas con la seguridad aeronáutica, como los controladores aéreos.

Aunado a lo anterior, las personas que ejercen las actividades, profesiones u oficios previamente descritos, serían acreedoras de sanciones que irían, de manera gradual, desde la pérdida temporal hasta la pérdida definitiva del empleo.

2. Contenido del proyecto

El texto del proyecto consta de siete artículos, los que se agrupan en dos bloques; el primero, consagra el objeto, la presunción legal de la dosis mínima cuando la cantidad de sustancia no excediere el monto establecido por el Gobierno nacional, así como la existencia de qnas excepciones¹ al porte o consumo de psicoactivos a las personas que ejerzan unas actividades, profesiones u oficios fijados en el proyecto, por tener una especial trascendencia social o potencial peligro frente a terceros.

El segundo bloque se puede categorizar como de regulación y medidas administrativas relativas a la atención, prevención y tratamiento para las personas portadoras o consumidoras de sustancias psicoactivas, en los que se propende por un enfoque a la política pública nacional de prevención y atención a la adicción, con estrecha relación a lo dispuesto en las disposiciones de la Ley 1566 de 2012, asignándole al Ministerio de Salud la coordinación, dirección, planeación y seguimiento a la Política Pública Nacional de Prevención y Atención a la Adicción. Finalmente, se contempla un artículo sobre vigencia y derogatoria de todas aquellas normas que le sean contrarias a la misma.

3. Argumentos presentados en la exposición de motivos del proyecto de ley

El proyecto trae como argumentos, en primer lugar, un enfoque de salud pública en el consumo de drogas, a partir del cual se sostiene que las personas consumidoras o adictas de sustancias estupefacientes, deben ser tratadas por el sistema

¹ Artículos 1°, 2° y 3° Proyecto de ley número 161 de 2016.

de salud, bajo el entendido de que tienen una enfermedad que requiere atención integral por parte del Estado y, de este modo, no ser criminalizados por el consumo.

Por otro lado, al abordar la problemática de la *criminalidad y consumo de drogas*, donde se mencionan varios argumentos y cifras que dan cuenta de la relación que existe entre el consumo de sustancias psicoactivas y la generación de conductas que defraudan el sistema, al ser principalmente de carácter penal, como el hurto, lesiones, extorsión e incluso el homicidio.

4. Consideraciones y observaciones del Consejo Superior de Política Criminal

Como se ha sostenido, las medidas adoptadas en materia de política criminal como política pública debe propender por ser coherentes, fundamentadas empíricamente y evaluadas sistemáticamente, tal como lo planteó la Comisión Asesora para la Política Criminal². Bajo esta perspectiva, como se pasa a exponer, el Consejo Superior de Política Criminal considera que el Proyecto de ley número 161 de 2016 es inadecuado para su implementación.

4.1. Falta de relación entre la exposición de motivos y el articulado del proyecto

En primer lugar, los motivos expuestos no tienen una relación directa con el articulado enunciado. En efecto, se señala en el proyecto que a las personas consumidoras de sustancias psicoactivas se les debe brindar un tratamiento desde un enfoque en salud pública y no penitenciario, agregando que las mismas son propensas a cometer conductas ilícitas, como el hurto, lesiones, extorsión, homicidio, entre otras.

Sin embargo, al abordarse el análisis del articulado, se evidencia cómo, contrario a lo sostenido en la exposición de motivos, existe la posibilidad de castigar penalmente al consumidor si se encontrare en posesión de una dosis superior a la permitida, según se desprende del contenido del artículo 2° del proyecto de ley, en donde si bien se regula la presunción del porte de sustancias psicoactivas para consumo personal, a renglón seguido se afirma que si la persona posee una cantidad superior a la señalada en la ley, incurrirá en la conducta descrita en el artículo 376 del Código Penal, significa la posibilidad de criminalizar el consumo. Es decir, se sanciona penalmente la posesión de sustancias psicoactivas en cantidades, así sean ínfimamente superiores a las establecidas como dosis mínima, cuando es para el propio consumo.

Esta regulación significa un retroceso en materia de política de prevención frente al

² Informe final de la Comisión Asesora para el Diseño de la Política Criminal, marzo de 2012, págs. 98-99.

consumo y tratamiento de la adicción, por cuanto termina, nuevamente, tipificando como delito el porte de cualquier cantidad, por insignificante que sea en relación con lo permitido como dosis personal, en contraposición con lo que se ha decantado jurisprudencialmente por la Corte Suprema de Justicia, e incluso, infringe la autonomía del juez al limitarse la facultad de decisión en relación con el desvalor de acción.

4.1.1. Desarrollo legislativo y jurisprudencial

La Ley 30 de 1986, *por la cual se adopta el Estatuto Nacional de Estupefacientes y se dictan otras disposiciones*, consagró inicialmente en el artículo 33³ el ilícito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, modificado posteriormente por el artículo 17 de la Ley 365 de 1997 en relación con el aspecto punitivo.

Igualmente, la Ley 30 de 1986 en el artículo 2° literal j), consagró la dosis personal, considerando que es la cantidad de estupefacientes que una persona porta o conserva para su propio

³ Artículo 33 Ley 30 de 1986: El que sin permiso de autoridad competente, salvo lo dispuesto sobre dosis para uso personal, introduzca al país, así sea en tránsito, o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera financie o suministre a cualquier título droga que produzca dependencia, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años y multa en cuantía a diez (10) a cien (100) salarios mínimos.

Si la cantidad de droga exceda la dosis para uso personal sin pasar de mil (1.000) gramos de marihuana, doscientos (200) gramos de hachís, cien (100) gramos de cocaína o de sustancia estupefaciente a base de cocaína, doscientos (200) gramos de metacualona, la pena será de uno (1) a tres (3) años de prisión y multa de cuantía de dos (2) a cien (100) salarios mínimos mensuales.

Modificado por el artículo 17 de la Ley 365 de 1997. El que sin permiso de autoridad competente, salvo lo dispuesto sobre dosis para uso personal, introduzca al país, así sea en tránsito o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera, financie o suministre a cualquier título droga que produzca dependencia, incurrirá en prisión de seis (6) a veinte (20) años y multa de cien (100) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales.

Si la cantidad de droga no excede de mil (1.000) gramos de marihuana, doscientos (200) gramos de hachís, cien (100) gramos de cocaína o de sustancia estupefaciente a base de cocaína o veinte (20) gramos de derivados de la amapola, doscientos (200) gramos de metacualona o droga sintética, la pena será de uno (1) a tres (3) años de prisión, y multa en cuantía de dos (2) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales.

Si la cantidad de droga excede los límites máximos previstos en el inciso anterior sin pasar de diez mil (10.000) gramos de marihuana, tres mil (3.000) gramos de hachís, dos mil (2.000) gramos de cocaína o de sustancia estupefaciente a base de cocaína o sesenta (60) gramos de derivados de la amapola, cuatro mil (4.000) gramos de metacualona o droga sintética, la pena será de cuatro (4) a doce (12) años de prisión y multa de diez (10) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales.

consumo, estableciendo unas cantidades para las distintas sustancias, así, para la marihuana la fijó en hasta 20 gramos; la de marihuana hachís que no exceda de 5 gramos; de cocaína o cualquier sustancia a base de cocaína que no exceda de 1 gramo y de metacualona la que no exceda de 2 gramos. También se indicó que no es dosis para uso personal, el estupefaciente que la persona lleve consigo, cuando tenga como fin su distribución o venta, cualquiera que sea su cantidad. Esta norma fue declarada exequible mediante Sentencia C-221 de 1994, proveído que despenalizó el porte y consumo de la dosis mínima de sustancias estupefacientes, al considerar que:

Solo las conductas que interfieran con la órbita de la libertad y los intereses ajenos, pueden ser jurídicamente exigibles. No se compadece con nuestro ordenamiento básico la tipificación, como delictiva, de una conducta que, en sí misma, solo incumbe a quien la observa y, en consecuencia, está sustraída a la forma de control normativo que llamamos derecho y más aún a un sistema jurídico respetuoso de la libertad y de la dignidad humana, como sin duda, lo es el nuestro.

Posteriormente, el artículo 376 del Código Penal, Ley 599 de 2000, puntualizó esa conducta en los siguientes términos: “*El que sin permiso de autoridad competente, salvo lo dispuesto sobre dosis para uso personal, introduzca al país, así sea en tránsito o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera, financie o suministre a cualquier título droga que produzca dependencia...*” (Negritas fuera de texto). En relación con el factor punitivo esta dependía, como en la Ley 365 de 1997, de la cantidad de sustancia.

El tipo penal antes enunciado fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-689 de 2002, en el entendido que el mismo fue expedido bajo la facultad de configuración legislativa en materia de tipificación punitiva, con la salvedad de que debía distinguirse entre porte, conservación y consumo y el narcotráfico como actividad ilícita que tiene un fin lucrativo.

Ahora bien, no obstante haberse declarado la despenalización de la dosis personal por Sentencia C-221 de 1994, se pretendió, mediante la Ley 745 de 2002 punir nuevamente esa conducta, al considerar como contravención el consumo y porte de sustancias estupefacientes en cantidad de la dosis personal. Sin embargo, la Corte Constitucional a través de la Sentencia C-101 de 2004 declaró su inexecutable de esta norma al considerar que:

14. Pues bien, en el caso presente se está ante una ostensible violación del principio

de legalidad del proceso pues la Ley 745 no desarrolló materias básicas del sistema procesal contravencional ya que, en lugar de ello, hizo una remisión parcial a la Ley 228. No obstante, con esta técnica configuró un procedimiento confuso que se construye con normas de dos sistemas procesales contrapuestos y que no suministra elementos de juicio para llenar los vacíos consecuentes, como lo hacía antes el artículo 38 de la Ley 228 respecto del sistema procesal contravencional en él consagrado. Tampoco los jueces están legitimados para colmar esos vacíos normativos. Luego, la vulneración del principio de reserva de ley para la determinación de los procesos judiciales torna inexecutable el aparte demandado del artículo 5° de la Ley 745 de 2002 y así lo declarará la Corte.

Luego, la Ley 1153 de 2007⁴, en los artículos 31 y 32, consagró como contravención el consumo de sustancias estupefacientes en presencia de menores o en establecimientos educativos o en lugares aledaños a los mismos o en el domicilio de los menores, estableciendo penas como trabajo social no remunerado y multas. Sin embargo, la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-869 de 2008, declaró su inexecutable.

Para el año 2009, mediante reforma al artículo 49 de la Constitución Política, a través del Acto Legislativo 2 de 2009, se estableció:

Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y de su comunidad.

El porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas está prohibido, salvo prescripción médica. Con fines preventivos y rehabilitadores la ley establecerá medidas

⁴ Los artículos 31 y 32 consagraban estas contravenciones así: **Artículo 31. Consumo de sustancias en presencia de menores.** El que en presencia de menores de edad consuma estupefacientes o sustancias que produzcan dependencia, incurrirá en pena de trabajo social no remunerado de cuatro (4) a doce (12) semanas.

Cuando el consumo de sustancias estupefacientes o alucinógenas en presencia de menores de edad se realice en lugar público o abierto al público o en establecimiento comercial de esparcimiento, la policía procederá inmediatamente a retirar del lugar de los hechos al infractor y a decomisar la sustancia objeto de la contravención. Así mismo, pondrá el hecho en conocimiento de las autoridades competentes.

La omisión o la tardanza en el cumplimiento de tal deber por parte de los miembros de la policía serán sancionadas con la destitución del empleo.

Artículo 32. Consumo de sustancias en establecimiento educativo o domicilio. El que consuma, porte o almacene estupefacientes o sustancias que generen dependencia, en cantidad considerada como dosis personal, en establecimientos educativos o en lugares aledaños a los mismos o en el domicilio de menores, incurrirá en pena de trabajo social no remunerado de cuatro (4) a doce (12) semanas y multa de uno (1) a cuatro (4) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

y tratamientos administrativos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico para las personas que consuman dichas sustancias. El sometimiento a esas medidas y tratamientos requiere el consentimiento informado del adicto.

Así mismo el Estado dedicará especial atención al enfermo dependiente o adicto y a su familia para fortalecerla en valores y principios que contribuyan a prevenir comportamientos que afecten el cuidado integral de la salud de las personas y, por consiguiente, de la comunidad, y desarrollará en forma permanente campañas de prevención contra el consumo de drogas o sustancias estupefacientes y en favor de la recuperación de los adictos.

Por último, la Ley 1566 de 2012 reconoce que el consumo, abuso y adicción de sustancias psicoactivas, lícitas o ilícitas, es un asunto de salud pública y bienestar de la familia, la comunidad y los individuos, que requieren atención integral por parte del Estado.

La Corte Suprema de Justicia, en concordancia con el tema que se aborda, consideró, en un primer momento, que el porte de sustancias estupefacientes que excediera de la cantidad permitida por el legislador, debía valorarse a través de los métodos clásicos de interpretación como el exegético, sistemático, histórico, teleológico, así, en sentencia de 26 de julio de 1988, la Corte llegó a las siguientes conclusiones:

(i) el legislador diferenciaba entre el consumidor o drogadicto y quien se dedica al cultivo, conservación o financiación de plantaciones, o las transformara “siendo indiferente el destino que procure de las mismas”; (ii) en relación con los drogadictos, sin llegar a permitir la dosis personal, se le acordaba un tratamiento punitivo más benigno, ya que se consideraba una contravención; (iii) no era posible entremezclar lo relacionado con el cultivo, el manejo de la droga (considerado delito), y el uso de la dosis personal (contravención), ya que los tratamientos punitivos eran diferentes en cada caso; y (iv) los beneficios que la ley le otorgaba al consumidor de droga no eran extensibles a otras modalidades delictivas⁵.

Con posterioridad a 1991, la Corte Suprema de Justicia definió los límites de la dosis personal, conforme lo consagrado en el artículo 2º literal j) de la Ley 30 de 1986, afirmando que “no será dosis personal la que ‘exceda’ de la cantidad que de modo expreso se señala, tampoco la que aún por debajo del tope fijado, no se halle

destinada al ‘propio consumo’ ni la que tenga por destinación su distribución o venta”⁶.

Luego de la Sentencia C-221 de 1994, empezó a tener relevancia la tesis de la ausencia antijuridicidad material de la conducta, cuando la cantidad de sustancia estupefaciente fuera ligeramente superior a la permitida en el artículo 2º, literal j) de la Ley 30 de 1986, pero cuando fuere ampliamente superior, la conducta debía ser considerada como punible. Es decir, se creó una presunción iuris tantum, cuando la cantidad era superada “ligeramente” y una *iuris et de iuris* si se sobrepasaba ampliamente.

Finalmente, la Corte Suprema de Justicia Sala Penal en sentencia revaluó la anterior posición, por cuanto no tiene sentido tener diferentes presunciones de antijuridicidad dependiendo de la cantidad de estupefaciente que se tenga, ya que “*de concluirse que la presunción de lesividad es de derecho, en el porte de estupefacientes en cuantía que exceda las dosis establecidas en el artículo 2º, literal j), de la Ley 30 de 1986, aun cuando su destino exclusivo sea el consumo personal; inexorablemente la tipicidad acarreará la antijuridicidad. Mientras que, si la conclusión es la opuesta, es decir, que la presunción es legal, la conducta será típica pero la demostración de que no existió interferencia ni siquiera remota en los derechos de terceros, sean estos individual/es o colectivos, excluye la dañosidad del comportamiento y, por ende, la responsabilidad penal*”⁷.

Y en sentencia de esa misma Corporación se indicó, en relación con lo anterior, que:

Por eso se concluyó que el consumo de estupefacientes no tiene la potencialidad de afectar bienes jurídicos ajenos (la salud o la seguridad pública, o el orden económico y social) y que la presunción de antijuridicidad para los delitos de peligro abstracto siempre será iuris tantum, y no solo cuando se trate de excesos ligeros a la dosis de uso personal”⁸.

Denota lo anterior que el proyecto de ley efectivamente tendría un retroceso en relación con lo que han decantado la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia.

4.2. Enfoque de riesgo social

Por otro lado, se establecen en el articulado unas excepciones a la dosis personal para las personas que ejercen las actividades, profesiones

⁶ Corte Suprema de Justicia Sala Penal. Casación 4771 de julio de 1991.

⁷ Corte Suprema de Justicia, SP 15519-2014 Radicación número 42617 Aprobado Acta 385 M. P. Gustavo Enrique Malo Fernández, noviembre 12 de 2014.

⁸ Corte Suprema de Justicia, SP 2940-2016 Radicación número 41760 Aprobado Acta 71 M. P. Eugenio Fernández Carlier, marzo 9 de 2016.

⁵ Corte Suprema de Justicia, SP 11726-2014 Radicación número 33409 Aprobado Acta número 288 M. P. José Luis Barceló Camacho, septiembre 3 de 2014.

u oficios descritos en el artículo 3° del proyecto de ley, los cuales son:

“Artículo 3°. Excepciones a la dosis mínima.

Por la especial trascendencia social o potencial peligro para terceros, las personas que ejerzan algunas de las siguientes actividades, profesiones u oficios, estarán sujetas a exámenes periódicos o aleatorios para descartar el consumo de sustancias psicoactivas ilícitas.

Actividad, oficio o profesión
Toda aquella que implique manipulación de armas de fuego tales como: las desarrolladas por las Fuerzas Militares o de Policía, servicios de seguridad privada, el porte autorizado de armas de fueao para protección Personal o actividades deportivas.
Conducir vehículos automotores para el transporte terrestre, aéreo, marítimo y fluvial de servicio Público o de uso Particular.
Funcionarios y servidores públicos.
Operarios de maquinaria pesada.
Ciencias de la Salud humana tales como: médicos, instrumentadores, enfermeros y demás áreas afines.
Toda aquella que implique el cuidado, guarda o custodia de menores de edad tales como: profesores, niñeras o madres comunitarias.
Actividades asociadas con la seguridad aeronáutica tales como las desarrolladas por: controladores aéreos.

En ese sentido, la persona que desarrolle alguna de estas actividades y porte o consuma sustancias estupefacientes o psicotrópicas se le aplicará la sanción correspondiente.

Parágrafo 1°. Corresponde al Gobierno nacional adicionar a esta lista otras actividades, profesiones u oficios que considere no pueden ser desarrolladas por quienes consuman este tipo de sustancias, así como determinar las sanciones correspondientes, las cuales deberán ser estipuladas de manera gradual, desde la pérdida temporal hasta la pérdida definitiva del derecho a desarrollar la actividad, profesión u oficio.

Parágrafo 2°. Corresponde al Gobierno nacional reglamentar la forma en que deben ser realizados los exámenes, en qué caso deben ser periódicos y en cuáles aleatorios, las autoridades encargadas de realizarlos y el procedimiento para la imposición de las sanciones. Asimismo deberá establecer las medidas administrativas de disuasión que deberán ser aplicadas a aquellas personas que sean sorprendidas portando o bajo el influjo de sustancias psicoactivas ilícitas”.

En relación con este artículo, se observa una carencia argumentativa en la exposición de motivos que soporte metodológicamente la necesidad de exceptuar a las personas

mencionadas de poder portar o consumir sustancias psicoactivas. Aunado a la inexistencia de estudio empírico que soporte cuál es la trascendencia social o potencial riesgo frente a terceros que pueden representar los enlistados en el canon en cita.

Por otro lado, se percibe que el proyecto entremezcla lo que se entiende por simple consumo y consumo problemático, dándoles un tratamiento idéntico, lo que deriva en una desproporción manifiesta frente a la sanción. Así, una persona puede consumir una sustancia psicoactiva de manera esporádica o social, sin que esta conducta llegue a representar un riesgo potencial para la sociedad, mientras que la persona que presenta un consumo problemático puede hacer prevalecer el consumo de sustancias estupefacientes sobre cualquier otra actividad a realizar o sobre los derechos de terceros, lo que puede ocasionar un riesgo mayor en sociedad, aun cuando no genera, per se, una especial trascendencia o peligro social y requeriría medidas diversas a las que corresponden al consumo ocasional.

Ahora bien, el artículo, así como está diseñado, puede vulnerar derechos fundamentales de las personas enlistadas en la excepción, como es el caso del derecho al libre desarrollo de la personalidad⁹, ya que, como se planteó en la sentencia de la Corte Constitucional que despenalizó la dosis personal, el Estado debe dejar decidir a la persona entre los actos a desarrollar, entre lo bueno y lo malo, es decir, debe dejarla existir, más aún cuando solo atañe a esta la escogencia de una u otra acción, siempre y cuando no entre esa autonomía o libre desarrollo en conflicto con la autonomía de otra persona.

En efecto, si alguno de los enlistados consumiere sustancia estupefaciente, sin llegar a transgredir el derecho o autonomía en el libre desarrollo de la personalidad de otro sujeto, o afectando o poniendo en peligro otros bienes jurídicos, el Estado no puede entrar a sancionarla, pues ese es un acto que atañe única y exclusivamente la órbita del él, teniendo absoluta libertad de decidir sobre la realización de la conducta.

Ahora bien, en gracia de discusión, si lo pretendido es que las personas que ejercen alguna de las actividades enlistadas no la realice bajo el influjo de alguna sustancia estupefaciente so pena de incurrir en alguna de las sanciones contempladas en el parágrafo 1° del artículo 3° del proyecto, cabe resaltar que esta temática ya está regulada, tanto laboral como penalmente. Veámoslo:

⁹ Al respecto pueden verse, entre otras, las Sentencias C-221 de 1994 y C-491 de 2012.

Disposición del Código Sustantivo del Trabajo y del Código Penal que en lo sustancial recoge lo pretendido como sanción en el proyecto de ley

Las sanciones que pretende incluir el artículo 3° del Proyecto de ley número 161 de 2016, en lo sustancial, o por lo menos la más gravosa, que es la pérdida del empleo de carácter definitivo, está regulada en la legislación colombiana. El Código Sustantivo del Trabajo, en el artículo 60, numeral dos (2), en concordancia con el canon 62 numeral de la misma obra enseña:

“Artículo 60. Prohibiciones a los trabajadores. Se prohíbe a los trabajadores:

2. Presentarse al trabajo en estado de embriaguez o **bajo la influencia de narcóticos o drogas enervantes.**” (negritas fuera de texto).

El artículo 62 dice:

“Artículo 62. Terminación del contrato por justa causa. Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo:

A) Por parte del empleador

6. Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos”.

En estos términos, se advierte que lo pretendido en el proyecto de ley, en relación con la sanción a las personas que ejercen las actividades, profesiones u oficios contempladas en el artículo 3° del proyecto, está prevista en los artículos 60 y 62 del Código Sustantivo del Trabajo.

Por otro lado, y nuevamente en gracia de discusión, podría pensarse que algunas de las actividades, profesiones u oficios a los que alude el artículo 3° del proyecto de ley, pueden desarrollarse de manera independiente, como la conducción de 10 vehículos automotores. En estos casos, y en el evento de originarse alguna lesión a un bien jurídicamente tutelado, verbigracia, cuando el conductor que previamente consumió sustancia psicoactiva arrolla a una persona causándole alguna lesión o incluso la muerte¹⁰, la legislación colombiana consagra normatividad especial para esos eventos. Así, el Código Penal Colombiano Ley 599 de 2000, en sus artículos 109, 110 numerales 1 y 6, 120 y 121, enseñan:

“Artículo 109. Homicidio culposo. El que por culpa matare a otro, incurrirá en prisión de dos

(2) a seis (6) años (hoy treinta y dos (32) meses a ciento ocho (108) meses) y multa de veinte (20) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes (Hoy veintiséis punto sesenta y seis (26.66) a ciento cincuenta (150)).

Cuando la conducta culposa sea cometida utilizando medios motorizados o arma de fuego, se impondrá igualmente la privación del derecho a conducir vehículos automotores y motocicletas y la de privación del derecho a la tenencia y porte de arma, respectivamente, de tres (3) a cinco (5) años (hoy cuarenta y ocho (48) meses a noventa (90) meses”.

Artículo 110. Circunstancias de agravación punitiva para el homicidio culposo. La pena prevista en el artículo anterior se aumentará:

1. Si al momento de cometer la conducta el agente se encontraba bajo el influjo de bebida embriagante o droga o sustancia que produzca dependencia física o psíquica y ello haya sido determinante para su ocurrencia, la pena se aumentará de la mitad al doble de la pena.

6. Si al momento de cometer la conducta el agente estuviese conduciendo vehículo automotor bajo el grado de alcoholemia igual o superior al grado 1° o bajo el efecto de droga o sustancia que produzca dependencia física o síquica, y ello haya sido determinante para su ocurrencia, la pena se aumentará de las dos terceras partes al doble, en la pena principal y accesoria”.

Artículo 120. Lesiones culposas. El que por culpa cause a otro alguna de las lesiones a que se refieren los artículos anteriores, incurrirá en la respectiva pena disminuida de las cuatro quintas a las tres cuartas partes.

Cuando la conducta culposa sea cometida utilizando medios motorizados o arma de fuego se impondrá igualmente la pena de privación del derecho de conducir vehículos automotores y motocicletas y de privación del derecho a la tenencia y porte de arma, respectivamente, de uno (1) a tres (3) años (hoy dieciséis (16) meses a cincuenta y cuatro (54) meses).

Artículo 121. Circunstancias de agravación punitiva por lesiones culposas. Las circunstancias de agravación previstas en el artículo 110, lo serán también de las lesiones culposas y las penas previstas para este delito se aumentarán en la proporción indicada en ese artículo”.

Adicional a ello, es decir, a una sanción de carácter penal, la legislación también comporta unas penas privativas de otros derechos, que, para el caso expuesto precedentemente, procedería la contemplada en el numeral 5 del artículo 43 del Código Penal, precepto que indica:

“Artículo 43. Las penas privativas de otros derechos. Son penas privativas de otros derechos:

¹⁰ En el caso hipotético planteado, se omite la discusión de si la conducta punible fue dolosa -dolo eventual- o culposa.

5. La privación del derecho a conducir vehículos automotores y motocicletas”.

Conforme a lo anterior, si a una persona se le impusiera alguna de las penas privativas de otros derechos -entre las cuales también está, la prohibición de tenencia o porte de armas de fuego- lógicamente perdería la posibilidad de seguir ejerciendo su actividad, profesión u oficio, es decir, se materializa la sanción más grave de las consagradas en el artículo 3° del proyecto a través de normas que ya prevén conductas que se pudieren realizar bajo el influjo de sustancias psicoactivas.

4.3. Facultades que se le otorgan al Gobierno nacional

El proyecto de ley contiene múltiples normas que ordenan al Gobierno nacional la implementación y regulación del mismo, dejando en manos del Ejecutivo la regulación sobre la cantidad de estupefaciente considerada como dosis mínima en cada una de las sustancias psicoactivas¹¹; también, en relación con la facultad de adicionar la lista de las excepciones a la dosis mínima y la reglamentación de los exámenes a practicar ya sea aleatoria o periódicamente¹² igualmente se faculta al Gobierno nacional para robustecer la política pública de prevención y atención integral al adicto¹³.

¹¹ Artículo 2°. *Presunción legal*. Se presume que el porte de la sustancia es para uso personal, cuando no supera la cantidad que determine el Gobierno nacional como dosis mínima para cada una de las sustancias, siempre y cuando la intención de quien la porte no sea su comercialización o distribución gratuita. El porte de cantidades superiores a las determinadas, como dosis mínima por el Gobierno nacional, se tipifica como la conducta punible de porte de drogas que producen dependencia, consagrada en el artículo 376 de la Ley 599 de 2000.

Parágrafo. Facúltase al Gobierno nacional para determinar la cantidad que se considera dosis mínima de estupefacientes y sustancias psicoactivas ilícitas. (negritas propias).

¹² Parágrafos del artículo 3° del Proyecto de ley número 161 de 2016, señala que: “Parágrafo 1°. Corresponde al Gobierno nacional adicionar a esta lista otras actividades, profesiones u oficios que considere no pueden ser desarrolladas por quienes consuman este tipo de sustancias, así como determinar las sanciones correspondientes, las cuales deberán ser estipuladas de manera gradual, desde la pérdida temporal hasta la pérdida definitiva del derecho a desarrollar la actividad, profesión u oficio. Parágrafo 2°. Corresponde al Gobierno nacional reglamentar la forma en que deben ser realizados los exámenes, en qué caso deben ser periódicos y en cuáles aleatorios, las autoridades encargadas de realizarlos y el procedimiento para la imposición de las sanciones. Asimismo deberá establecer las medidas administrativas de disuasión que deberán ser aplicadas a aquellas personas que sean sorprendidas portando o bajo el influjo de sustancias psicoactivas ilícitas”.

¹³ **Artículo 4°. Política pública de atención integral al adicto.** Enfóquese la política pública nacional de preven-

Se considera, conforme a lo anterior, que es desbordada la facultad que se otorga al Ejecutivo para que reglamente todo el proyecto, lo que, aunado a ello, devendría en la creación de una nueva normatividad. Asimismo, la forma en que está presentada la propuesta, deja abierta la posibilidad para que pueda modificarse sin ningún control el porcentaje establecido como dosis mínima en las distintas sustancias psicoactivas, lo que sobrevendría en una inseguridad jurídica con cada cambio de mandatario, o de posición en relación con las drogas.

Por último, es importante destacar que una vez hecha la revisión del proyecto de ley y su exposición de motivos, no se presenta un estudio de impacto fiscal e institucional sobre los costos que puede representar la introducción de estas medidas al ordenamiento jurídico, concretamente en lo relacionado con el suministro terapéutico de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, en ambientes controlados y en términos de recursos para el funcionamiento de los mismos.

4.4. Observaciones finales

El Consejo Superior de Política Criminal aprovecha esta oportunidad para instar al Gobierno Nacional, al Congreso de la República y a la sociedad civil, para que propendan por la regulación y atención del consumo de sustancias psicoactivas en Centros de Reclusión del Orden Nacional del sistema penitenciario, así como en el marco del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes. Lo anterior, teniendo en cuenta los altos índices de consumo de estas sustancias en los mencionados establecimientos que resultan preocupantes para las autoridades responsables en ambos sistemas.

5. Conclusión

En suma, no resultan plausibles los argumentos que sustentan el proyecto de ley que permitan suponer la necesidad de incluir esa normatividad. Primero porque no es coherente la exposición de motivos del proyecto con el articulado del mismo; segundo, porque se advierte una posible violación a derechos fundamentales, como el del libre desarrollo de la personalidad; tercero, por

ción y atención a la adicción de sustancias psicoactivas desde una orientación de salud pública de acuerdo con las disposiciones contenidas en la Ley 1566 de 2012. **Corresponderá al Gobierno nacional robustecer la política pública de prevención y atención integral al adicto, cuyos componentes deberán estar enfocados en la prevención, mitigación y superación de la situación, para lo cual se deben establecer los programas y campañas enfocados en la prevención del consumo bajo un enfoque de riesgo social; orientada a la rehabilitación con el fin de evitar los efectos negativos del consumo y desarrollar las estrategias de inclusión laboral y social al adicto, entre otros.** (Negritas fuera de texto).

carencia de sustento en relación con el factor social de riesgo o peligro que representan las personas que ejercen las actividades, profesiones u oficios a los que alude el articulado; cuarto, por cuanto la legislación actual, ya contempla, tanto administrativa, como penalmente, sanciones por los hechos enmarcados en el proyecto.

CONSEJO SUPERIOR DE POLÍTICA CRIMINAL

Marcela Abadía Cubillos
Directora de Política Criminal y Penitenciaria
Secretaría Técnica Consejo Superior de Política Criminal

COMISIÓN SÉPTIMA CONSTITUCIONAL PERMANENTE DEL HONORABLE SENADO DE LA REPÚBLICA

Bogotá, D. C., a los veintiocho (28) días del mes de septiembre del año dos mil diecisiete (2017).

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

Concepto: Ministerio de Justicia

Refrendado por: Doctora *María Consuelo Sandoval Gómez*, Directora de Política Criminal y Penitenciaria (E) y Secretaría Técnica Consejo Superior de Política Criminal (e)

Al Proyecto de ley número 111 de 2017 Senado y 161 de 2016 Cámara.

Título del Proyecto: *por medio de la cual se da un enfoque de salud pública a la problemática del consumo de drogas en Colombia y se dictan otras disposiciones.*

Número de folios: Nueve (9) folios.

Recibido en la Secretaría de la Comisión Séptima del Senado el Día: Dos (6) de febrero de 2017.

Hora: 2:46 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 DE LA ASOCIACIÓN NACIONAL DE EMPRESARIOS DE COLOMBIA AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 129 DE 2017 SENADO, 095 DE 2016 CÁMARA

por medio de la cual se establece la estabilidad laboral reforzada en favor de la mujer vinculada mediante contrato de prestación de servicios cuando sobrevenga el embarazo o la lactancia y se dictan otras disposiciones.

Bogotá, D.C., octubre 25 de 2016

Doctor

VÍCTOR RAÚL YEPES FLÓREZ

Secretario Comisión Séptima

Honorable Cámara de Representantes

Ciudad

Asunto: *Comentarios sobre el Proyecto de ley número 129 de 2017 Senado, 095 de 2016 Cámara, por medio de la cual se establece la estabilidad laboral reforzada en favor de la mujer vinculada mediante contrato de prestación de servicios cuando sobrevenga el embarazo o la lactancia y se dictan otras disposiciones.*

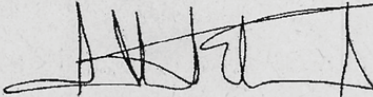
Apreciado, doctor Yepes:

Desde la Asociación Nacional de Empresarios de Colombia (ANDI), hemos seguido el **Proyecto de ley número 095 de 2016 Cámara, por medio de la cual se establece la estabilidad laboral reforzada en favor de la mujer vinculada mediante contrato de prestación de servicios cuando sobrevenga el embarazo o la lactancia y se dictan otras disposiciones.**

En esta ocasión me permito remitir los comentarios de la ANDI con ocasión de la Ponencia para primer debate de dicho proyecto.

De antemano agradezco su atención.

Cordialmente,



Alberto Echavarría Saldarriaga
Vicepresidente de Asuntos Jurídicos

DOCUMENTO

Licencia de Maternidad en Prestación de Servicios

(Proyecto de ley número 035 de 2016 Cámara)

Comentarios a la ponencia para primer debate

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 comentarios respecto del proyecto de ley de referencia.

Sea lo primero decir que el proyecto, al pretender establecer un fuero de maternidad en favor de la mujer vinculada mediante contrato de prestación de servicios, asimila dos figuras pertenecientes a dos campos del derecho diferentes con principios y reglas propias, es decir, el Derecho Laboral y el Derecho Civil. En efecto, el primero con la finalidad de proteger al trabajador, contiene normas de orden público en su mayoría de carácter irrenunciable; el segundo por el contrario, se desarrolla bajo el imperio de la autonomía de la voluntad, lo que permite a las partes pactar las condiciones dentro de las cuales se desenvuelve la relación jurídica.

En armonía con lo anterior, es claro que el contrato de trabajo es la piedra angular del Derecho Laboral con una naturaleza propia y sustancialmente diferente a la de los contratos civiles o comerciales, donde una persona denominada trabajador realiza una actividad a favor de otra con subordinación y dependencia.

La Corte Constitucional en diversas ocasiones ha reafirmado estas diferencias:

“2.2 Es indudable, que los trabajadores dependientes, vinculados a un empleador mediante una relación laboral, regida por un contrato de trabajo, se encuentran dentro de una situación jurídica y material que es sustancialmente diferente a aquella que corresponde a los trabajadores independientes. En efecto, el contrato de trabajo supone la existencia de una relación jurídica en la cual concurren tres elementos esenciales: la actividad personal del trabajador en favor del empleador, es decir, realizada por sí mismo y sin el concurso o la ayuda de otros, la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador; durante todo el tiempo de su duración y un salario como retribución del servicio”.

Es así que resulta equívoco, como lo hace el proyecto de ley, dotar de todas las características y prerrogativas de los contratos laborales a contratos comerciales o civiles. Asimilar ambas instituciones conllevaría en últimas a eliminar la figura del contratista independiente del sistema jurídico colombiano, convirtiendo toda relación de prestación de servicios en contrato de trabajo.

El artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo define claramente al contratista independiente como aquel que presta un servicio a favor de un tercero asumiendo todos los

riesgos, para realizarlo con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva.

Es así que los trabajadores y trabajadoras independientes no se encuentran vinculados mediante un contrato de trabajo, porque desarrollan, en favor de una o varias personas, en virtud de una relación o relaciones jurídicas regidas por normas civiles, comerciales u otras, una labor o actividad en forma personal o con el concurso de otras personas, con completa independencia y autonomía, sin encontrarse sujetos al poder jurídico de subordinación o dependencia de un tercero. La misma Corte ha precisado en este punto, que en el desarrollo de la actividad laboral del trabajador independiente, no interesa propiamente la disponibilidad de su fuerza de trabajo con respecto a la persona que lo contrata, sino que lo relevante es el resultado específico concreto logrado con dicha actividad.

Las normas que protegen a la trabajadora en estado de embarazo no se ajustan entonces a los requerimientos de los contratos de prestación de servicios, contratos que son generalmente cortos, donde, para este caso, la contratante, prefiere desarrollar la actividad encomendada con total autonomía y manejo del tiempo. Piénsese por ejemplo en la abogada, la odontóloga o la contadora que ejerce su profesión de asesoría eligiendo convenientemente no tener vinculación laboral alguna. De otro lado, la obligación de continuar un contrato de prestación de servicios luego del plazo pactado, por la circunstancia del embarazo de la contratista, haría esta figura extremadamente onerosa y crearía un estímulo económico adverso para la vinculación de mujeres profesionales independientes.

Finalmente, vale la pena destacar la sentencia del Consejo de Estado (radicación 68001-23-33-000-2013-00495-01 del 3 de julio de 2013), donde esta corporación aclara que el fuero de maternidad no se aplica en los contratos de prestación de servicios, pues en esos casos no se configura una relación laboral y no es posible extender la protección creada para los vínculos estrictamente laborales:

- El fuero de maternidad sólo procede en los casos en que exista una auténtica relación laboral, bien sea una vinculación por contrato de trabajo o por una vinculación legal y reglamentaria.

- En los casos en los que no exista relación laboral, el fuero de maternidad no puede aplicarse.

- El fuero de maternidad no se aplica en los contratos de prestación de servicios, pues en esos casos no se configura una relación laboral y no es posible extender la protección creada para los vínculos estrictamente laborales.

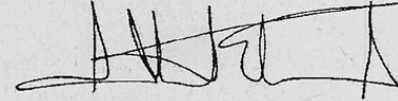
• De acuerdo con lo anteriormente expuesto, la única forma para que se aplique el fuero de maternidad en los contratos de prestación de servicios es que se demuestre que se configuraron los elementos de una auténtica relación laboral.

• Los contratos de prestación de servicios están regidos por normas del derecho civil o comercial y no por las normas del derecho laboral.

CONCLUSIÓN

En conclusión, para la ANDI este es un proyecto de ley que perjudica la distinción necesaria entre el mundo laboral y el mundo comercial, extendiendo características exclusivas de los contratos laborales a los contratos de prestación de servicios y que, por tanto, debe ser archivado. Por ello, respetuosamente, solicita el **Archivo** del proyecto.

Cordialmente,



Alberto Echavarría Saldarriaga
Vicepresidente de Asuntos Jurídicos

Octubre 2016.

COMISIÓN SÉPTIMA CONSTITUCIONAL
PERMANENTE DEL HONORABLE SENADO
DE LA REPÚBLICA

Bogotá, D.C., a 28 de septiembre de 2017

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: 129 de 2017 Senado, 095 de 2016 Cámara.

Título del proyecto: *Por medio de la cual se establece la estabilidad laboral reforzada en favor de la mujer vinculada mediante contrato de prestación de servicios cuando sobrevenga el embarazo o la lactancia y se dictan otras disposiciones.*

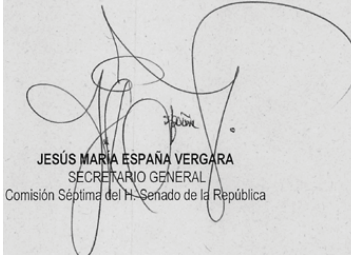
Número de folios: Cuatro (4) folios.

Recibido en la Secretaría de la Comisión Séptima del Senado, el día: Veinticinco (25) de octubre de 2016.

Hora: 9:57 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 DEL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 70 DE 2017 SENADO, 023 DE 2016 CÁMARA

por medio del cual se adoptan medidas para el mejoramiento de las condiciones de vida de las personas que se encuentran bajo protección del ICBF y para la consolidación de su proyecto de vida.

Bogotá, D.C.

Doctor

JESÚS MARÍA ESPAÑA VERGARA

Secretario

Comisión Séptima Constitucional

Senado de la República

Carrera 7ª N° 8-68 Edificio nuevo del Congreso

Ciudad.

Reciba un cordial saludo:

Con motivo de la presentación del **Proyecto de ley número 70 de 2017 Senado, 023 de 2016 Cámara**, *por medio del cual se adoptan medidas para el mejoramiento de las condiciones de vida de las personas que se encuentran bajo protección del ICBF y para la consolidación de su proyecto de vida*, el cual fue aprobado en plenaria de la Cámara, el día 26 de julio de 2017, y considerando su condición de ponente, de conformidad con la designación del 15 de agosto del año en curso, desde el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), quisiera compartir con usted la importancia que representa esta iniciativa parlamentaria para la población que atendemos.

Actualmente, miles de adolescentes y jóvenes declarados en adaptabilidad crecen y cumplen la mayoría de edad al interior de las instituciones de protección del ICBF. De igual forma, miles de adolescentes y jóvenes que ingresan al sistema de responsabilidad penal para adolescentes enfrentan diferentes retos para reintegrarse a la

sociedad. Teniendo en cuenta las dificultades que han experimentado estas poblaciones, en el ICBF hemos establecido a través de nuestros modelos de atención, procesos para generar oportunidades que los preparen para la vida independiente y así puedan construir un proyecto de vida sólido y exitoso.

A través de un acompañamiento continuo por parte del ICBF, nuestros adolescentes y jóvenes bajo protección descubren sus habilidades y participan en diferentes actividades educativas, recreativas, culturales y deportivas, las cuales además de ser un derecho constitucional, son un elemento generador de desarrollo que tiene el poder de mejorar y transformar la vida de cada joven y su entorno.

Particularmente, el acceso a la educación superior es un aspecto esencial para que los jóvenes que se encuentran próximos a su egreso tengan más posibilidades de conseguir empleo y de aportar a la sociedad. Otro aspecto importante de resaltar es el desarrollo de competencias laborales y la empleabilidad, elementos prioritarios para el inicio de una vida autónoma, la generación de ingresos y el aprendizaje en la administración de sus recursos.

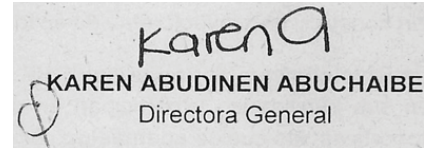
Por ello, el trabajo institucional con estos adolescentes y jóvenes se ha concentrado en consolidar alianzas público-privadas que posibiliten su participación en todas aquellas actividades que les ayuden a encontrar estas oportunidades que puedan influir en el desarrollo de su proyecto de vida. Un avance en dichas alianzas ha sido la creación del fondo especial de educación que actualmente opera con recursos del ICBF y con el cual podemos vincular a más de 800 jóvenes a nivel nacional en programas de formación de educación superior, así como el convenio firmado con el Servicio Nacional de Aprendizaje (Sena), que nos brinda facilidades de acceso a formaciones técnicas y tecnológicas.

En este marco, el proyecto de leyes fundamental para lograr el objetivo de fortalecer estas acciones institucionales y mejorar las condiciones de los adolescentes y jóvenes del ICBF, pues establece medidas afirmativas, permanentes y articuladas en materia de educación, salud, cultura, deporte, recreación y empleo, que les permitirán con toda seguridad superar las circunstancias adversas que han tenido que enfrentar y consolidar su proyecto de vida en condiciones de igualdad real frente al resto de la población.

Es así como, esta iniciativa ha venido avanzando en su trámite gracias al apoyo de todos los partidos políticos que han reconocido la gran importancia que este proyecto tiene para los adolescentes y jóvenes del ICBF, aportando diferentes ideas que han permitido la construcción de un articulado cada vez más

sólido y estructurado y cuya aprobación, sin duda alguna, significaría un gran avance en el mejoramiento de las condiciones de vida de esta población.

Cordialmente,



KAREN ABUDINEN ABUCHAIBE
Directora General

COMISIÓN SÉPTIMA CONSTITUCIONAL
PERMANENTE DEL HONORABLE SENADO
DE LA REPÚBLICA

Bogotá D.C., a 2 de octubre de 2017.

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

Concepto: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF).

Refrendado por: Doctora *Karen Abudinen Abuchaibe*, Directora General.

Al Proyecto de ley número 70 de 2017 Senado y 023 de 2016 Cámara.

Título del proyecto: *Por medio de la cual se adoptan medidas para el mejoramiento de las condiciones de vida de las personas que se encuentran bajo protección del ICBF y para consolidación de su proyecto de vida.*

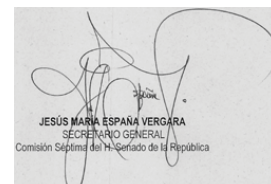
Número de folios: Dos (2) doble cara.

Recibido en la Secretaría de la Comisión Séptima del Senado, el día: Lunes 2 de octubre de 2017.

Hora: 10:10 a. m.

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

El Secretario,



JESUS MARIA ESPAÑA VERGARA
SECRETARIO GENERAL
Comisión Séptima del Honorable Senado de la República

**CONCEPTO JURÍDICO DE LA
ASOCIACIÓN BANCARIA Y DE
ENTIDADES FINANCIERAS DE
COLOMBIA AL PROYECTO DE LEY
NÚMERO 91 DE 2017 SENADO**

por medio de la cual se brinda protección de los Recursos Destinados al Subsidio de Vivienda y se dictan otras disposiciones para facilitar el acceso a vivienda.

127/17

Bogotá, D.C., 28 de septiembre de 2017

Honorable Senadora

NADIA BLEL SCAFF

Comisión Séptima

Senado de la República

Ciudad.

Asunto: Comentarios al Proyecto de ley número 91 de 2017 Senado, por medio de la cual se brinda protección de los Recursos Destinados al Subsidio de Vivienda y se dictan otras disposiciones para facilitar el acceso a vivienda.

Honorable Senadora:

Teniendo en cuenta que el proyecto de ley de la referencia envuelve aspectos que pueden afectar directamente el financiamiento de vivienda, me permito someter a su consideración y a la de los miembros de la Comisión Séptima del Senado de la República, algunos comentarios de la Asociación Bancaria y de Entidades Financieras de Colombia (Asobancaria), sobre el articulado de la iniciativa que busca brindar protección de los recursos destinados al Subsidio Familiar de Vivienda (SFV), y se dictan otras disposiciones para facilitar el acceso a vivienda.

En primer lugar, quisiera reconocer la importancia estratégica que tiene la adquisición de vivienda en el proceso de desarrollo económico del país y manifestar que comparto con el autor del proyecto la necesidad de encontrar mecanismos que permitan que un mayor número de colombianos, especialmente los de escasos recursos, puedan contar con una vivienda digna.

No obstante lo anterior, estimamos relevante para la discusión de dicho proyecto de ley el análisis y consideración de los comentarios que se listan a continuación, mediante los cuales sustentamos la inconveniencia de algunas de las previsiones normativas incluidas en la iniciativa de la referencia.

Observaciones generales

El efecto dinamizador que la vivienda tiene en la economía es indudable, así como su impacto en la reducción de la pobreza y, en general, en la calidad de vida de las personas. En los últimos tiempos la construcción ha sido uno de los sectores que mejores resultados ha mostrado, con un crecimiento promedio de 6,6% en los últimos diez años (2007-2016), jalonado en buena parte por la dinámica del subsector de edificaciones. En particular, la construcción de viviendas tuvo un resurgir con la implementación del programa de subsidio a la tasa, mejor conocido como FRECH, que con

distintas adaptaciones viene funcionando desde marzo de 2009.

En efecto, la financiación de viviendas se incrementó de 75 mil operaciones al año a comienzos de 2009, antes de implementar el FRECH, a más de 145 mil desembolsos anuales durante el primer semestre de 2017.

Con corte a septiembre de este año¹, se han registrado 413 mil créditos y contratos de leasing habitacional con cobertura a la tasa de interés, con desembolsos por \$19 billones que han apalancado la compra de viviendas valoradas en más de \$32 billones.

Cabe resaltar que, de estos 413 mil desembolsos el 75% se han dado en los segmentos de Vivienda de Interés Social (VIS, con valor de 70 a 135 SML), e interés social prioritario (VIP, con valor hasta 70 SML), siendo la vivienda destinada a la población de menores recursos la más beneficiada de la política de subsidios a la tasa de interés en sus distintas facetas.

Observaciones particulares

Artículo 5°. Destinación del reembolso de recursos de vivienda

El artículo 5° del proyecto de ley establece que los proyectos de vivienda de interés social e interés prioritario deberán ser acompañados y complementados con medidas y mecanismos que faciliten el acceso a la vivienda de la población más vulnerable, entre otros, los siguientes:

1. Los promotores gubernamentales y privados de proyectos de vivienda de interés social e interés prioritario deberán priorizar el acceso a la vivienda mediante modalidades de leasing habitacional.
2. El valor de los créditos de vivienda de interés social e interés prioritario deberán ser iguales o inferiores a la tasa mínima de crédito que cada entidad financiera respectiva otorgue a sus clientes.
3. Los créditos solicitados para vivienda de interés social o interés prioritario no pueden ser negados por mala calificación del solicitante en las centrales de riesgo, siempre que el solicitante se encuentre a paz y salvo con sus acreencias.

Sobra la norma anteriormente transcrita, resulta oportuno presentar las siguientes observaciones:

- Numeral 1. **Priorización del Leasing habitacional**

El leasing habitacional se entiende como una modalidad de financiación de vivienda

¹ Información registrada por los establecimientos de crédito en Transunlon, con corte al 29 de septiembre de 2017.

mediante la cual una entidad financiera entrega a un locatario la tenencia de un inmueble para destinarlo exclusivamente al uso habitacional y goce de su núcleo familiar, a cambio del pago de un canon periódico; durante un plazo convenido, a cuyo vencimiento el bien se restituye a su propietario o se transfiere al locatario, si este último decide ejercer una opción de adquisición pactada a su favor y paga su valor²

Tanto el leasing habitacional como el crédito hipotecario son mecanismos del sistema especializado de financiación de vivienda. La escogencia de uno u otro debe responder a las condiciones del mercado y a las necesidades particulares de los solicitantes.

Instaurar la promoción de uno en detrimento del otro podría generar asimetrías regulatorias que necesariamente se traducen en perjuicios para los consumidores financieros.

Así lo sostuvo la Corte Constitucional en Sentencia C-936 de 2003. En esa oportunidad dicho Tribunal sostuvo que *“la posibilidad de que existan diversos mecanismos para financiar el acceso a la vivienda, ha de tener en cuenta, por lo expuesto, las necesidades reales de la población, así como la disponibilidad de recursos nacionales -públicos y privados-, para financiar las distintas formas. Lo anterior supone que no necesariamente deben adoptarse sistemas de financiación del acceso a la vivienda únicos, pudiendo existir mecanismos diferenciales que tenga en cuenta factores tales como los recursos familiares, los recursos estatales, etc. Ello no entraña violación alguna al derecho a la igualdad, pues, en punto a la financiación del acceso a la vivienda, han de tenerse en cuenta la condiciones reales de las familias, no resultando equitativo, por ejemplo, extender mecanismos de subsidio a quienes tienen recursos familiares para satisfacer sus necesidades y, de esta manera, reducir las oportunidades para que la población más pobre y vulnerable vea postergado indefinidamente el acceso a una vivienda”*.

• **Numeral 2. Tasa tope para crédito de vivienda**

El crédito de vivienda ya tiene una tasa tope de interés fijada por el Banco de la República. En efecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C- 955 de 2000 M.P., José Gregorio Hernández declaró exequible el numeral 2 del artículo 17 de la Ley 546 de 1999 en el entendido de que la tasa de interés remuneratoria será siempre inferior a la menor tasa real que se esté cobrando en las demás operaciones crediticias en la actividad financiera, según certificación de la Superfinanciera, y su máximo será determinado por la Junta Directiva del Banco de la República.

Nuevos topes, diferentes además para cada banco, tienen el efecto de excluir la demanda al no poder compensar el riesgo y el costo de las operaciones con la tasa de interés establecida. Particularmente en el mercado vivienda los bancos compiten arduamente lo que se materializa en mejores condiciones para los clientes. Por ejemplo, hoy el tope de la tasa de interés para Vivienda de Interés Social (VIS) está en UVR + 10.7% y para No VIS en UVR +12.4% (14.57% y 16.27%) mientras que las tasas de interés de colocación están significativamente por debajo de esos topes (11.24% y 12.15%).

De igual forma, el proyecto de ley vulnera la Libertad de Empresa y la Libre Competencia Económica consagrados en el artículo 333 de la Constitución Nacional, al establecer la forma en que las entidades financieras .deberán cobrar por determinados productos financieros.

En efecto, la estimación del precio de un producto o servicio se hace bajo un análisis de mercado mediante el cual el oferente determina autónomamente el valor del servicio o producto que ofrece, el cual obviamente está influenciado por la oferta, la demanda, los costos, la competencia, el riesgo y el margen de utilidad pretendido.

En desarrollo de lo anterior y en ejercicio del derecho a la libre competencia previsto en el artículo 333 de la CP, las entidades financieras compiten en el mercado con diferentes productos y servicios, entre los que se encuentra el otorgamiento de créditos de vivienda, y en general diversas operaciones de naturaleza financiera. De esta forma, el precio de dichas operaciones es una de las variables utilizadas por las entidades financieras para competir por los clientes.

Establecer mediante una norma de rango legal condiciones que deben ser definidas por el mercado significa, en la práctica, eliminar la competencia en perjuicio de los intereses de los consumidores financieros que no se verán beneficiados con mejores tasas, mejores servicios y más innovación.

• **Numeral 3. Valoración del reporte en centrales de riesgo**

El artículo 5° estipula que los créditos solicitados para vivienda de interés social o interés prioritario no pueden ser negados por mala calificación del solicitante en las centrales de riesgo, siempre que este se encuentre a paz y salvo con sus acreencias. Por tratarse esta reglamentación de un derecho fundamental como lo es el derecho al *hábeas data*, tiene reserva de Ley Estatutaria. Así lo ha sostenido la Corte Constitucional en diversa jurisprudencia. Sobre ese particular, en Sentencia C-1011 se 2008, puntualizó:

² Decreto 1787 de 2004.

“Entre las materias que el artículo 152 Superior establece como aquellas que deben regularse a través de leyes estatutarias, se encuentran los derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección. Se delega, entonces, en normas estatutarias la definición de los aspectos centrales y esenciales de los derechos fundamentales, de modo tal que esas materias cuenten con un régimen estable, sometido a mayorías especiales y precedidas del control automático de constitucionalidad y, a su vez, se preserve la competencia del legislador ordinario, habida cuenta la necesaria conexión entre buena parte del ordenamiento jurídico y estos derechos. La jurisprudencia también ha indicado que una de las características que permiten acreditar que una regulación es de carácter estatutario consiste en que regule la materia de manera integral. En el proyecto de ley objeto de análisis, la regulación no es genérica del derecho fundamental al hábeas data, por cuanto limita su alcance al establecimiento de reglas para la administración de datos personales de naturaleza comercial, financiera y crediticia, destinada al cálculo del riesgo, siendo claro que uno de los aspectos que distingue a la reserva de ley estatutaria es el hecho que el legislador regule de manera integral, aspectos que conforman el contenido esencial del derecho fundamental. Para el caso específico del hábeas data, esta Corporación se ha pronunciado en diversas ocasiones en el sentido que los asuntos relativos a (i) el ejercicio de las facultades de conocer, actualizar y rectificar la información personal contenida en una base de datos; y (ii) el establecimiento de términos de caducidad del dato financiero sobre incumplimiento en el pago, son materias relacionadas con el contenido esencial del derecho al hábeas data y, por ende, deben ser reguladas a través de leyes estatutarias”.

En efecto, el artículo 10 de la Ley Estatutaria 1266 de 2008, establece que los usuarios de la información financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países deben valorar ese tipo de información en forma concurrente con otros factores o elementos de juicio que técnicamente incidan en el estudio de riesgo y el análisis crediticio, y no podrán basarse exclusivamente en la información relativa al incumplimiento de obligaciones suministrada por operadores para adoptar decisiones frente a solicitudes de crédito.

Conviene recordar que la actividad financiera se basa esencialmente en procesar información que permita administrar los riesgos asociados a los desembolsos del crédito, y de brindar solidez y garantías a los ahorros del público movilizados por el sistema.

Debe reiterarse que en los eventos de incumplimiento, son los recursos del público los que están expuestos, por lo que la entidad financiera debe realizar el estudio de crédito de la mejor manera, para propender por una recuperación oportuna de la cartera colocada. Por ello el score se constituye una herramienta que permite, entre otras variables, proyectar el comportamiento crediticio del cliente.

De hecho, en materia de vivienda el numeral 9 del artículo 17 de la Ley 546 de 1999 establece:

9. Para su otorgamiento, el establecimiento de crédito deberá obtener y analizar la información referente al respectivo deudor y a la garantía, con base en una metodología técnicamente idónea que permita proyectar la evolución previsible tanto del precio del inmueble, como de los ingresos del deudor; de manera que razonablemente pueda concluirse que el crédito durante toda su vida, podría ser puntualmente atendido y estaría suficientemente garantizado.

De igual manera, debe advertirse que la medida propuesta incentiva el no pago de los compromisos crediticios adquiridos por el deudor. De hecho, saber que el incumplimiento de sus obligaciones contractuales no representa ningún tipo de sanción hace que, por una parte, no se internalicen las responsabilidades y por la otra, que los créditos posteriores tampoco se cumplan.

Sobre el artículo 2°. Reembolso de los recursos

El artículo 2° del proyecto de ley establece que en caso de restitución, *“la titularidad del bien no será efectiva para el nuevo adquirente hasta tanto se certifique que al Estado o al Ente Territorial que otorgó el subsidio le ha sido reintegrado el valor actualizado del subsidio otorgado para ese bien por parte del demandante o de quien pretender adquirir la titularidad del mismo”*. Al respecto, debe puntualizarse que, en cualquier caso, la obligación de restituir los recursos debe ser del beneficiario del subsidio y no de la entidad financiera.

Igualmente, la norma consagra que los subsidios no podrán ser apropiados por ninguna persona o entidad diferente al beneficiario del mismo. Sobre el particular debe decirse que el Subsidio Familiar de Vivienda busca ayudar al beneficiario con el pago de la cuota inicial, por lo que hoy es posible que este autorice el giro del mismo al constructor del proyecto de vivienda. La citada previsión normativa impediría esta práctica que en ninguna forma imposibilita que sea el solicitante quien disfrute el beneficio otorgado por el Estado.

Sobre el artículo 3°. Destinación del reembolso de recursos de vivienda

En el último inciso se establece que los recursos de los subsidios de vivienda en especie o en dinero no podrán ser destinados a objeto o finalidad diferente que superar el déficit habitacional cuantitativo o cualitativo. Teniendo en cuenta que el objetivo de la norma establecido en el artículo 1° del proyecto de ley hace mención también a subsidios de la tasa de interés, no es claro si lo mencionado en este artículo implicaría que se restrinja la posibilidad de otorgar subsidios a la tasa de interés para viviendas NO VIS, mecanismos que ha utilizado el Gobierno nacional como medidas contracíclicas para impulsar la economía y que han funcionado.

Sobre el particular, debe señalarse que para acceder a este beneficio existen unos requisitos y que el no cumplimiento de ciertas condiciones da lugar a su terminación, como es el caso del incumplimiento por tres meses de mora consecutiva³.

Artículo 1°. Objeto del proyecto de ley

El artículo 1° de la iniciativa legislativa de la referencia establece que *“los aportes en dinero o en especie destinados a subsidiar la vivienda por parte del Estado o sus Entes Territoriales recibirán especial protección mediante el reembolso de recursos, cuando se otorguen como complemento del ahorro, como garantía de la cuota, como subsidio a la tasa de interés o para adquirir, construir en sitio propio, o para mejorar una vivienda de Interés prioritario, una vivienda de interés social o una vivienda comercial, rural o urbano, para facilitar el acceso a la vivienda”*. (Subrayado por fuera de texto).

De manera general, surge la duda si la intención del proyecto de ley sea que los recursos provenientes del subsidio a la tasa de interés o de garantías también sean reembolsables.

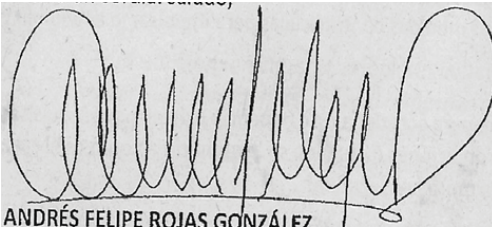
- ³ El FRECH o subsidio a la tasa de interés tiene causales de terminación del beneficio dentro de las que se destacan:
1. Por pago anticipado del crédito o hacer uso de la opción de compra tratándose de contratos de leasing habitacional.
 2. Por mora en el pago de tres (3) cuotas o cánones consecutivos a cargo del deudor o locatario del leasing habitacional. En este caso, la cobertura se perderá a partir del día siguiente al vencimiento de la última cuota o canon incumplido.
 3. Por petición del deudor o locatario.
 4. Por cesión del crédito por parte del deudor.
 5. Por cesión del contrato de leasing habitacional, por parte del locatario.
 6. Por reestructuración del crédito o del contrato de leasing habitacional que implique el incremento de los montos o saldos de las obligaciones o ampliación del plazo de los créditos o los contratos.
 7. Por aceleración del plazo conforme a los términos contractuales.

Si es así, la afectación económica para el cliente sería mayor, pues si éste no cuenta con los recursos para cumplir con sus obligaciones crediticias, seguramente no tendrá como restituir el subsidio.

Adicionalmente, tal como se evidenció en apartes precedentes de este documento, el FRECH ha sido un instrumento exitoso de política pública para fomentar el acceso a vivienda de las familias, por lo que imponerle una carga adicional podría resultar excesivo además de operativamente complejo de implementar.

Espero que los comentarios ante expuestos los cuales sirvan para alimentar el debate legislativo del proyecto de ley de la referencia.

Reciba un cordial saludo,



ANDRÉS FELIPE ROJAS GONZÁLEZ
Vicepresidente de Asuntos Corporativos

Anexo. Cuadro evolución programas de subsidio a la tasa de interés.

COMISIÓN SÉPTIMA CONSTITUCIONAL PERMANENTE DEL HONORABLE SENADO DE LA REPÚBLICA

Bogotá, D.C., a 2 de octubre de 2017

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

Concepto: Asobancaria.

Refrendado por: Doctor *Andrés Felipe Rojas González*, Vicepresidente de Asuntos Corporativos

**Al Proyecto de ley número 91 de 2017
Senado.**

Título del proyecto: *Por medio de la cual se brinda protección de los recursos destinados al subsidio de vivienda y se dictan otras disposiciones para facilitar el acceso a vivienda.*

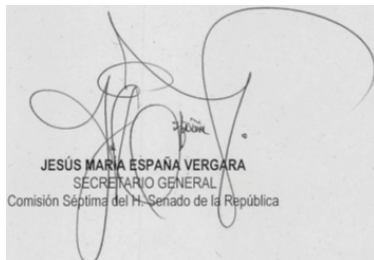
Número de folios: Cinco (5) folios.

Recibido en la Secretaría de la Comisión Séptima del Senado, el día: Lunes dos (2) de octubre de 2017.

Hora: 11:45 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 MARIA ESPAÑA VERGARA
SECRETARIO GENERAL
Comisión Séptima del H. Senado de la República

* * *

**CONCEPTO JURÍDICO DE LA
FEDERACIÓN COLOMBIANA DE
MUNICIPIOS AL PROYECTO DE LEY
NÚMERO 04 DE 2017 SENADO, 008 DE
2017 CÁMARA**

por medio de la cual se crea el Sistema Nacional de Innovación Agropecuaria y se dictan otras disposiciones.

DE 986 -17

Bogotá

Doctora

DELCY HOYOS ABAD

Secretaria Comisión Quinta

Senado de la República

Bogotá, D. C.

Referencia: Proyecto de ley número 04 de 2017 Senado y 008 de 2017 Cámara, por medio de la cual se crea el Sistema Nacional de Innovación Agropecuaria y se dictan otras disposiciones.

Respetada Secretaria:

Como es de público conocimiento, los mandatarios locales y la Federación Colombiana de Municipios han respaldado los esfuerzos del Gobierno por llegar a un acuerdo final para la terminación del conflicto desde el inicio de los diálogos de La Habana y han perseverado en sus esfuerzos de acompañamiento al Gobierno nacional hasta la actualidad. Es por ello que consideramos importante la iniciativa de la referencia no sin antes señalar los siguientes aspectos de la misma que pueden ser objeto de mejora.

En nuestro concepto, constituye un avance el que Colombia busque generar un vuelco en su política de asistencia técnica agropecuaria, que hasta este momento ha demostrado poquísima efectividad al alcanzar tan solo al 9% de los pequeños productores agrícolas. No obstante, consideramos que la instancia más idónea para desarrollar una mejor operación de esta nueva

política es el municipio, contrario a lo que se plantea en el presente proyecto de ley que mantiene la competencia municipal pero entrega a los departamentos las herramientas financieras y técnicas para desarrollarla.

Desde 1991, los municipios fueron encargados de constituir las Unidades Municipales de Asistencia Técnica Agropecuaria, pero no recibieron para ello recursos específicos. De hecho, desde 1998 perdieron el apoyo financiero del entonces Programan de Desarrollo Rural y la asistencia técnica en el país perdió el liderazgo tanto económico como conceptual de un responsable nacional. Conscientes de la problemática de la financiación, el presente proyecto de ley busca bien intencionadamente incorporar alternativas que, lamentablemente, debemos advertir pueden resultar contraproducentes.

Como mencionamos, mantiene en cabeza del municipio la responsabilidad de ofrecer la asistencia técnica agropecuaria, pero se traslada al departamento la facultad de cobrar una tasa para financiar el servicio así como la responsabilidad de generar un plan departamental para la prestación del mismo.

Resulta abiertamente contradictorio al principio constitucional de no entregar competencias sin recursos, que en este caso se entregue una responsabilidad al municipio, pero a su vez se entreguen las herramientas financieras y de planificación para su ejecución al departamento.

Es por ello, que con el propósito de fortalecer esta importante iniciativa nos permitimos poner a consideración las siguientes propuestas respetuosas:

Artículo 14. Concurrencia de fuentes de financiación. Las acciones, programas y proyectos que se adelanten en desarrollo de la presente ley podrán ser financiados, entre otras, por las siguientes fuentes:

1. Los recursos propios de los entes territoriales, **principalmente la tasa municipal del servicio de extensión agropecuaria prevista en la presente ley**
2. Los recursos del Presupuesto General de la Nación.
3. Los recursos de libre inversión del componente de Propósito General del Sistema General de Participaciones **según las metas de los planes municipales de desarrollo.**
4. Los recursos del Sistema General de Regalías, de acuerdo con las disposiciones de la Comisión Rectora y de los Órganos Colegiados de Administración y Decisión.

5. Los instrumentos financieros creados en el marco del Sistema Nacional de Crédito Agropecuario.
6. Los recursos de cooperación internacional.
7. Las donaciones de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras y organismos internacionales.

Artículo 26. Tasa del Servicio Público de Extensión Agropecuaria. Créase una tasa retributiva de servicios que se causará por la prestación del servicio público de extensión agropecuaria en los términos de los artículos 24 y 25 de la presente ley. Los departamentos municipios a través de sus Asambleas concejos, establecerán por medio de ordenanza acuerdo la tasa por el Servicio Público de Extensión Agropecuaria, así como su sistema y método para la definición de costos que servirán de base para la determinación de las tarifas. ~~La misma ordenanza:~~ El mismo acuerdo que establezca la tasa para el servicio público de extensión agropecuaria deberá señalar la autoridad pública autorizada para fijar la tarifa. La tasa estará a cargo de los usuarios del servicio.

Artículo 28. Subsidio a la tarifa de la tasa por la prestación de Servicio Público de Extensión Agropecuario

(...)

Parágrafo 1º. Los recursos del Presupuesto General de la Nación destinados a financiar subsidios a la tarifa de la tasa por prestación del servicio público de extensión agropecuaria, se girarán a los departamentos y/o municipios previo cumplimiento de la reglamentación, los lineamientos de política, y las directrices técnicas, jurídicas, financieras y administrativas que se constituyan como determinantes de dicho subsidio, expedidas por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural.

Artículo 29. Planes Departamentales de Extensión Agropecuaria (PDEA). El Plan Departamental de Extensión Agropecuaria (PDEA), es el instrumento de planificación cuatrienal en el cual cada departamento, agregará las iniciativas de sus ~~en~~ en ~~coordinación~~ coordinación con sus municipios, distritos y demás actores del SNIA, definirá los elementos estratégicos y operativos para la prestación del servicio de extensión agropecuaria en su área de influencia. El PDEA debe incluir como mínimo los siguientes elementos:

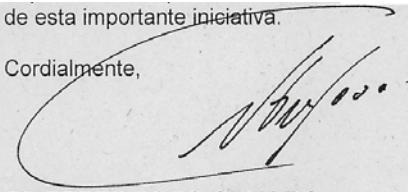
8. Líneas productivas priorizadas por cada municipio y distrito para atender mediante los servicios de extensión agropecuaria, sus limitantes y requerimientos.

(...)

Esperamos, respetada Secretaria, que nuestros comentarios sean bien recibidos para el desarrollo de esta importante iniciativa.

Cordialmente,

de esta importante iniciativa.
Cordialmente,



GILBERTO TORO GIRALDO
Director Ejecutivo

* * *

**CONCEPTO JURÍDICO DE LA
CÁMARA COLOMBIANA DE LA
CONSTRUCCIÓN AL PROYECTO DE
LEY NÚMERO 91 DE 2017 DE SENADO**

por medio de la cual se brinda protección de los recursos destinados al subsidio de vivienda y se dictan otras disposiciones para facilitar el acceso a vivienda.

Bogotá, D. C., 28 de septiembre de 2017

Señores

COMISIÓN SÉPTIMA

Senado

Carrera 7ª N° 8-68 Edificio Nuevo del Congreso
Ciudad.

Referencia: Observaciones Proyecto de ley número 91 de 2017 de Senado, *por medio de la cual se brinda protección de los recursos destinados al subsidio de vivienda y se dictan otras disposiciones para facilitar el acceso a vivienda.*

Honorables Senadores:

Para la Cámara Colombiana de la Construcción (Camacol), como gremio que vela por los intereses de quienes hacen parte de la cadena de valor de la construcción en pro de liderar el desarrollo urbano responsable y sostenible, es muy importante acompañar al Congreso de la República en las iniciativas legislativas relacionadas con la política pública de vivienda.

Es por ello que a continuación nos permitimos presentar una serie de observaciones frente al articulado de la iniciativa:

1. Artículo 2º. **Reembolso de recursos:** En primer lugar, no es claro cuál es el objeto del artículo si se tiene en cuenta que la mayoría de las disposiciones establecidas ya se encuentran en el ordenamiento jurídico.

En segundo lugar, la modificación planteada en el artículo desconoce el hecho de que

algunos programas de vivienda, contemplan la posibilidad de que los recursos del subsidio familiar de vivienda sean desembolsados a los vendedores de las viviendas, como por ejemplo está contemplado en el Programa Mi Casa Ya.

“Artículo 3º. *Corresponderá a la sociedad fiduciaria que se seleccione para el efecto, actuando como vocera del patrimonio autónomo constituido de acuerdo con el presente decreto, ejecutar las obligaciones que se señalen en el contrato de fiducia mercantil, y especialmente las siguientes:*

(...)

d) *Desembolsar, de acuerdo con lo indicado por el órgano de decisión competente del patrimonio autónomo, los recursos de los subsidios familiares de vivienda, en beneficio de los hogares que hayan cumplido los requisitos establecidos en el presente decreto. **Los recursos se podrán desembolsar a los vendedores de las viviendas, previa autorización del hogar beneficiario; (Subrayado fuera del texto) (...)**”.*

2. Artículo 5º. Facilidades de Acceso a la Vivienda:

1. Es preciso tener en cuenta que tanto el leasing habitacional como el crédito son mecanismos de financiación de vivienda y debe ser el consumidor financiero quien elija el mecanismo que más se adapte a sus necesidades.

2. El Banco de la República como autoridad monetaria del país fijó una tasa tope de interés para el crédito de vivienda¹.

3. Por tratarse esta reglamentación de un derecho fundamental como lo es el derecho al habeas data, tiene reserva de Ley Estatutaria².

3. **Artículo 6º.** De la lectura del artículo no es claro si lo que se está proponiendo es que estos proyectos estén exentos de expensas o de licencia de construcción. Asumimos que lo que se busca es que estén exentos de expensas, por lo que sugerimos se ajuste la redacción de tal forma que exista claridad al respecto.

4. **Disposiciones en materia de bienes fiscales:** De la lectura de la motivación no es posible conocer el fundamento, ni el alcance de las disposiciones en materia de bienes fiscales (Artículos 7º, 8º, 9º, 11 y 12).

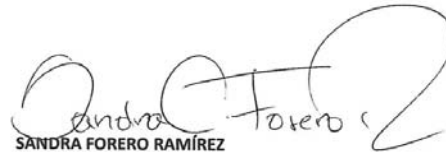
Agradecemos su atención y ponemos a su disposición el gremio de la construcción para

¹ Ver Reporte del Emisor 17 de octubre del 2000.

² Sentencia C-511/13 “*En resumen, cuando una ley regule aspectos principales e importantes del núcleo esencial de un derecho fundamental, en este caso del habeas data, el proceso de formación de esta ley debe haber sido el de una ley estatutaria so pena de ser expulsada del ordenamiento jurídico por vicios de forma*”.

aportar su conocimiento y experiencia en pro de lograr la estructuración de iniciativas legislativas que busquen el desarrollo integral de las ciudades en un marco de legalidad y por ende del crecimiento económico y social del país.

Cordialmente,



SANDRA FORERO RAMÍREZ
Presidente Ejecutiva

COMISIÓN SÉPTIMA CONSTITUCIONAL
PERMANENTE DEL HONORABLE SENADO
DE LA REPÚBLICA

Bogotá, D. C., a los veintinueve (29) días del mes de septiembre del año dos mil diecisiete (2017)

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

Concepto: Cámara Colombiana de la Construcción (Camacol).

Refrendado por: Doctora *Sandra Forero Ramírez* – Presidenta Ejecutiva.

Al Proyecto de ley número 91 de 2017 Senado.

Título del proyecto: *por medio de la cual se brinda protección de los recursos destinados al subsidio de vivienda y se dictan otras disposiciones para facilitar el acceso a vivienda.*


Número de folios: Cuatro (4) folios.

Recibido en la Secretaría de la Comisión Séptima del Senado el día: viernes veintinueve (28) de septiembre de 2017.

Hora: 2:00 p. m.

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

El Secretario,



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

CONCEPTO JURÍDICO DE LA ALCALDÍA DE MEDELLÍN AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 95 DE 2016 SENADO

por medio de la cual se establece la estabilidad laboral reforzada en favor de la mujer vinculada mediante contrato de prestación de servicios cuando sobrevenga el embarazo o la lactancia y se dictan otras disposiciones.

Medellín, diciembre 22 de 2016

Doctor

MIGUEL ÁNGEL PINTO HERNÁNDEZ

Presidente de la Cámara de Representantes

Congreso de la República

Carrera 8 N° 12B- 42, Piso 4

Bogotá, D. C.

Asunto: Proyecto de ley número 95 de 2016, *por medio de la cual se establece la estabilidad laboral reforzada en favor de la mujer vinculada mediante contrato de prestación de servicios cuando sobrevenga el embarazo o la lactancia y se dictan otras disposiciones.*

Respetado doctor Pinto Hernández:

El municipio de Medellín a través de la Secretaría General viene realizando un seguimiento a la Agenda Legislativa Nacional, en relación con los proyectos de ley que tienen incidencia en nuestra gestión administrativa, en desarrollo de esta fundamental tarea se tuvo conocimiento del Proyecto de ley número 95 de 2016; en atención a ello, con la finalidad de hacernos partícipes y dar aportes a los temas de intereses territorial, me permito manifestar:

De conformidad con el artículo 150 de la Constitución Política, al Congreso de la República le corresponde hacer las leyes, por medio de ellas, le es factible expedir el estatuto general de contratación de la administración pública; dicho estatuto fue establecido en su momento a través de la Ley 80 de 1993, *por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.*

En el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, se contemplaron condicionamientos frente a los contratos de prestación de servicios a ser suscritos por las entidades estatales y en su inciso final, se prescribió *“En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable”.*

Al respecto, en Sentencia C-154 de 1997, la Corte Constitucional hizo el análisis de constitucionalidad del numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993; instancia en la cual tuvo en consideración, lo siguiente:

“(…)

2. Precisiones constitucionales en materia de contratación estatal.

(…)

Dentro de la autonomía de la voluntad que tiene la administración para contratar, es necesario precisar que como función administrativa que ejerce, constituye una función reglada, lo que significa que debe someterse estrictamente a las estipulaciones legales sobre el particular, para la búsqueda del logro de las finalidades estatales mencionadas. Por consiguiente, el grado de autonomía que tiene la autoridad administrativa se ve ostensiblemente limitado frente a las reglas del derecho público, en materia de contratación.

(…)

4. El análisis de la norma demandada.

(…)

De otro lado, se plantea que la pretendida discriminación conlleva no solo una desnaturalización del contrato de prestación de servicios, sino también a la vulneración del derecho al trabajo reconocido en el preámbulo y artículos 1°, 2° y 25 de la Constitución y por ende de los principios mínimos laborales consagrados en el artículo 53 de la Carta Política, en especial en lo que a la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales y a la estabilidad en el empleo, se refiere.

Al respecto esta Corporación considera pertinente señalar que los principios mínimos y garantías constitucionales consagradas en el artículo 53 constitucional son de carácter general y aplicables a todas las modalidades de la relación laboral; en consecuencia, en el caso sub-examine su aplicación escapa al contenido y finalidad del contrato de prestación de servicios dada la independencia y autonomía con que el contratista ejecuta su labor, unido a la prohibición de que el mismo equivalga o se asimile a un contrato de trabajo salvo, lo enunciado en esta providencia para aquellos casos en que se acredite la existencia de la relación laboral.

(…)”. (Subraya y negrilla fuera de texto).

Del contenido del Proyecto de ley número 95 de 2016, se evidencia que su intencionalidad es favorecer a las mujeres en estado de embarazo o período de lactancia, extendiendo entre otros derechos, los consagrados en el artículo 53 de la Constitución Política (estabilidad en el empleo, protección especial a la mujer y la maternidad, y garantías a la seguridad social); sin embargo, tal como lo ha entendido la jurisprudencia reseñada los referidos derechos son aplicables respecto de las relaciones laborales propiamente,

modalidad dentro de la cual por regla general no están incluidos los contratos de prestación de servicios, debido a que el mismo ordenamiento legal le dio una connotación diferente (numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993).

En igual sentido, frente a los eventos bajo los cuales es procedente garantizar la estabilidad laboral reforzada de la mujer en estado de embarazo o en período de lactancia que esté ejecutando un contrato de prestación de servicios; es pertinente referenciar las consideraciones de la Sentencia T-092 de 2016 (retoma a partes de la sentencia SU-070 de 2013 citada en la exposición de motivos del proyecto de ley), las cuales se detallan a continuación:

(...)

3.3. Reglas jurisprudenciales sobre la aplicación de la protección del derecho a la estabilidad laboral reforzada de la mujer en estado de embarazo o en período de lactancia. Reiteración de la Sentencia SU-070/13

... (ii) la alternativa laboral, bajo la cual se encontraba trabajando la mujer embarazada. Esto, con el fin de fijar las reglas de procedencia para la aplicación del derecho a la estabilidad laboral reforzada de la mujer en estado de embarazo o en período de lactancia y, las medidas de protección que debe imponer el juez de tutela.

(...)

3.3.2. Presupuestos específicos de procedencia de la protección al derecho a la estabilidad laboral reforzada de la mujer gestante o en período de lactancia.

Conforme a lo anterior, este Tribunal precisó que la procedencia de la protección reforzada derivada del estado de embarazo, se encuentra condicionada únicamente a la verificación de dos presupuestos: (i) la existencia de una relación laboral o de prestación de servicios, “esta última cuando se esté frente a un contrato realidad”¹ y (ii) que la mujer se encuentre en estado de embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto, en vigencia de dicha relación laboral o de prestación.

(...)

3.3.2.2. Contrato de prestación de servicio.

Respecto de esta modalidad de vinculación, en la Sentencia SU-070/13, la Corte consideró que:

“En el supuesto de vinculación de la mujer gestante o lactante mediante contrato de prestación de servicios, el juez de tutela deberá analizar las circunstancias tácticas que rodean

cada caso, para determinar si bajo dicha figura contractual no se está ocultando la existencia de una auténtica relación laboral. Si bien la acción de tutela no es el mecanismo judicial idóneo para declarar la configuración de un “contrato realidad”, pues “existen las vías procesales ordinarias laborales o las contenciosas administrativas, a través de las cuales [se] puede buscar el reconocimiento de una vinculación laboral”², en los casos donde se encuentre en inminente riesgo de afectación el mínimo vital de la accionante u otro derecho constitucional fundamental, este estudio deberá ser realizado por el juez de tutela.

...la jurisprudencia de la Corte ha reconocido que los elementos que configuran la existencia de un contrato de trabajo, son (i) el salario, (ii) la continua subordinación o dependencia y (iii) la prestación personal del servicio. Por lo tanto, si el juez de tutela concluye la concurrencia de estos tres elementos en una vinculación mediante contrato de prestación de servicios de una trabajadora gestante o lactante, podrá concluirse que se está en presencia de un verdadero contrato de trabajo.

(...)

Con todo, en el supuesto en que la trabajadora gestante o lactante haya estado vinculada mediante un contrato de prestación de servicios y logre demostrarse la existencia de un contrato realidad, la Sala ha dispuesto que se deberán aplicar las reglas propuestas para los contratos a término fijo...

(...)” (Negrilla y subraya fuera de texto).

Si tal como se aduce en la exposición de motivos, la iniciativa legislativa “Busca que se eleve a rango legal los diferentes pronunciamientos de la Corte Constitucional, donde ha amparado los derechos fundamentales de la mujer en estado de embarazo...”; el derecho a una estabilidad laboral reforzada durante el embarazo o lactancia, debe sujetarse solo a las situaciones en las cuales se evidencie o genere una verdadera relación laboral, como sucede en el caso de un contrato realidad.

De mantenerse la propuesta inicial, en la cual se fijan condicionamientos generales para la ejecución de los contratos de prestación de servicio, independientemente de estar frente

² La sentencia T-335 de 2004, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, determinó que “Este tipo de análisis debe realizarlo el juez de tutela, únicamente cuando existen indicios de afectación del mínimo vital del accionante o de algún otro tipo de derecho fundamental. En otros casos, tal y como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional, existen las vías procesales ordinarias laborales o las contenciosas administrativas, a través de las cuales puede buscar el reconocimiento de una vinculación laboral”.

¹ Cfr. Sentencia T-148/14, M. P. Mauricio González Cuervo, que reiteró lo dispuesto en la Sentencia SU-070/13.

a situaciones que impliquen la existencia de un contrato realidad; en lo que respecta a las personas jurídicas de derecho público, se debería incluir en el articulado del proyecto de Ley 95 de 2016, una modificación expresa del numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, tendiente a descartar el supuesto legal vigente (En ningún

caso los contratos de prestación de servicios generan relación laboral).

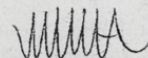
Finalmente, es importante dejar presente que en desarrollo del seguimiento a la agenda legislativa, también se requirió a las Secretarías de Despacho con competencias asociadas al tema bajo análisis y en respuesta a dicho

requerimiento, la Secretaría de Gestión Humana y Servicio a la Ciudadanía planteó las siguientes observaciones y sugerencias:

Proyecto de ley número 95 de 2016		
Artículos	Observaciones	Sugerencias
1	Dice el artículo que tiene aplicación en favor de la mujer “vinculada”.	El contrato de prestación de servicios no es una forma de vinculación laboral.
4 (Parágrafo 1)	Se refiere a la “trabajadora”	El contrato de prestación de servicios no es una forma de vinculación laboral.
4 (Parágrafo 4)	El artículo señala que la cotización al Sistema de Seguridad Social en Salud se liquidará sobre el valor del respectivo contrato.	- Los contratistas durante la ejecución del contrato cotizan al Sistema de Seguridad Social integral por el 40% de sus ingresos, por lo que el pago de la licencia es sobre dicha suma. Al establecerse la liquidación por el valor total del contrato no queda claro la suma de la cotización y a cargo de quien queda. - ¿Durante el tiempo que la contratista esté en licencia, el contratante debe asumir algún pago de los aportes en dicho período? - Se generaría una modificación al artículo 30 de la Ley 1393 de 2010.
5	El permiso de lactancia establece que las partes acuerden el tiempo para amamantar.	En los contratos de prestación de servicio por regla general no se cumple horario, por lo que no es conveniente establecer un artículo que fije un permiso entre las partes porque puede eventualmente configurarse una subordinación.
6	Se establece que la licencia de calamidad doméstica es incompatible con la licencia de paternidad.	Por las características del contrato de prestación de servicios no es posible la configuración de la licencia de calamidad doméstica, por ser esta propia del vínculo laboral.
7	El artículo establece la prohibición de terminar el contrato de prestación de servicios por motivo de embarazo o lactancia. Asimismo, no podrá dejarse de renovar si subsisten las razones que dieron lugar al mismo y la contratista ha cumplido satisfactoriamente el contrato.	Los contratos de prestación de servicios personales requieren requisitos legales como previa disponibilidad presupuestal y justificación de la necesidad a contratar, entre otros. Además el presupuesto de las entidades públicas tienen el carácter de anualidad del gasto, situación que impide que se renueve en las condiciones que establece el artículo. Se propone la siguiente redacción: “A partir de la promulgación de la presente ley, a ninguna mujer mediante contrato de prestación de servicio, se le podrá dar por terminado el vínculo contractual por motivo de embarazo o lactancia, salvo vencimiento del plazo del mismo o terminación anticipada del contrato.
8	Se establece que se debe acudir ante la autoridad competente para obtener el permiso para terminar el contrato.	En el caso de los contratos celebrados con entidades públicas y teniendo en cuenta las características del contrato de prestación de servicios, no es claro cuál es la entidad competente que deba otorgar este permiso.

Cordialmente,

Cordialmente,


VERÓNICA DE VIVERO ACEVEDO
Secretaria General

COMISIÓN SÉPTIMA CONSTITUCIONAL
PERMANENTE DEL HONORABLE SENADO
DE LA REPÚBLICA

Bogotá, D. C., a los veintiocho (28) días del mes de septiembre del año dos mil diecisiete (2017).

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

Concepto: Alcaldía de Medellín

Refrendado por: Doctora *Verónica de Vivero Acevedo* - Secretaria General

Al Proyecto de ley número 129 de 2017 Senado y 095 de 2016 Cámara

Título del proyecto: *por medio de la cual se establece la estabilidad laboral reforzada en favor de la mujer vinculada mediante contrato de prestación de servicios cuando sobrevenga el embarazo o la lactancia y se dictan otras disposiciones.*

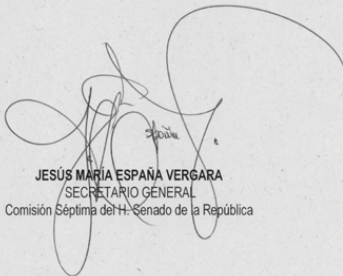
Número de folios: cuatro (4) folios

Recibido en la Secretaría de la Comisión Séptima del Senado el día: veintidós (22) de diciembre de 2016

Hora: 9:57 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
DE LA ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE
SALUD PÚBLICA AL PROYECTO DE LEY
NÚMERO 61 DE 2017 SENADO**

por la cual se prohíbe el uso de asbesto en el territorio nacional y se establecen garantías de protección a la salud de los colombianos frente a sustancias nocivas.

**Comunicado en favor de la prohibición
del asbesto en Colombia**

A propósito del debate en el honorable Congreso de la República del proyecto de ley que prohíbe el asbesto en Colombia, la Asociación

Colombiana de Salud Pública, se permite comunicar a la opinión pública que:

De acuerdo con la Organización Mundial de la Salud (OMS), 125 millones de trabajadores en el mundo están expuestos a los asbestos, que, en todas sus formas, son causa de Enfermedad Pulmonar Obstructiva Crónica (EPOC), mesotelioma, cáncer de pulmón, de laringe y de ovario. Cada año 90,000 personas mueren de cáncer de pulmón, mesotelioma o asbestosis; en Colombia, el Instituto Nacional de Cancerología ha estimado que cada 5 años se presentan más de 500 muertes atribuibles a los asbestos.

En 1980, el Instituto Nacional de Salud Ocupacional de los Estados Unidos de Norteamérica (NIOSH), por sus siglas en inglés, anunció que “Todos los niveles de exposición a los asbestos estudiados hasta la fecha, demostraron estar relacionados con enfermedad asociada a los asbestos, sin presentar niveles de exposición al cual los efectos clínicos no se presentarían”. (1).

Los asbestos son los cancerígenos ocupacionales más importantes, el cáncer de pulmón, el más común a nivel global, está asociado a la exposición a asbestos. (2)(3).

El riesgo general de cáncer de pulmón entre los trabajadores, es el resultado de la acción colectiva de todas las fibras de asbesto inhaladas. (4) Desde 1970 los asbestos fueron clasificados por la Agencia Internacional para la Investigación en Cáncer (IARC), por sus siglas en inglés, como agentes cancerígenos para los humanos. (4)(3).

Del 8 al 15% de los casos de cáncer de pulmón y prácticamente todos los casos de mesotelioma son causados por asbestos. (5) La exposición a asbestos se ha relacionado además con el cáncer de laringe y de ovario, (2) (12) y se ha observado, que fumar incrementa el riesgo de cáncer de pulmón por la exposición a asbestos. (12)

En el 2006, la OMS estimó que 125 millones de trabajadores en el mundo estaban expuestos a asbestos. (2) La exposición continua a materiales que contienen asbestos en trabajadores de construcción y en civiles es frecuente, durante los procesos de demolición o de reconstrucción. (6) Incluso las familias de los trabajadores pueden exponerse, ya que los residuos de asbestos son llevados a las casas en los zapatos, ropas, en la piel y en el cabello de los trabajadores. (1).

Los mayores niveles de exposición a asbestos han sido medidos en los trabajadores de las fábricas de productos que contienen asbestos y en los operadores de las minas o de procesos de fresado. (2) La mortalidad por mesotelioma y por cáncer de pulmón se incrementa con el tiempo desde la primera exposición, debido al prolongado período de latencia. (7) Se espera que la enfermedad tienda a incrementarse con el

tiempo y se estima que representará costos por 300 billones de dólares en los próximos 20 a 30 años. (6).

Adicionalmente los estudios epidemiológicos reportan un riesgo significativo de mesotelioma en personas expuestas a los asbestos en ambientes no laborales y la característica prominente en ellos, es el inicio de la exposición a temprana edad y, por lo tanto, una más larga exposición y latencia. (8).

En 2010 en Colombia el consumo de asbestos o amianto fue de 12,312.63 toneladas métricas, (9) siendo usados en una amplia gama de productos como materiales de construcción, pastillas de frenos para los carros y en textiles resistentes al calor. (9).

Colombia tiene legislación relacionada con el “uso seguro” de asbestos. Mediante la ley 436 de 1998 y la Sentencia C-493 de 1998 de la honorable Corte Constitucional, Colombia aceptó el convenio internacional de “Protección de los riesgos a la salud por la exposición al asbesto” (10) que tiene como objetivo esencial “prescribir las medidas que habrán de adoptarse para prevenir y controlar los riesgos para la salud debidos a la exposición profesional al asbesto y para proteger a los trabajadores contra tales riesgos”.

En 2001 el Ministerio de Trabajo y Protección Social, mediante la Resolución número 00935 creó la Comisión Nacional de Salud Ocupacional para el sector de Asbestos, y una de sus funciones es guiar al Gobierno en el establecimiento de los valores mínimos de seguridad para la exposición a asbestos. (11).

En 2010 el Gobierno nacional publicó el “Plan Nacional para la Prevención de Silicosis y Pneumoconiosis para mineros de carbón y Asbestosis 2010-2030” que define el protocolo de vigilancia para la exposición a asbestos, mediante la medición de las fibras suspendidas en el aire en los lugares de trabajo. (9).

La regulación de las fibras de asbestos, está determinada por las fibras que visualmente pueden ser contadas, sin embargo, la mayoría de las fibras son muy cortas y delgadas para ser contadas, por lo que consecuentemente, no son sujeto de regulación (4). Corrientemente, los niveles de exposición a asbestos permitidos en el sitio de trabajo se expresan en términos del promedio de fibras de asbestos por mililitro de aire (f/ml) en un período de 8 horas. (4).

Hasta ahora, más de 50 países incluyendo a la Unión Europea han prohibido los asbestos, pero en Colombia Ascolfibras como entidad que agremia la industria que usa como insumo el crisotilo, una de las formas de presentación de los asbestos, afirma que la industria colombiana

sigue la reglamentación y que sus productos y sus procesos son seguros, lo que contrasta con la posición de la OMS que afirma que la exposición a asbestos, incluyendo al crisotilo es una causa de asbestosis, de cáncer de pulmón, de laringe y de ovario, así como del mesotelioma. (12) Aproximadamente el 90% del crisotilo es usado en materiales de construcción de cemento.

Para los productos con un reconocido efecto cancerígeno, no hay efecto de umbral y se ha observado que hay un incremento en el riesgo de cáncer en poblaciones expuestas a muy bajos niveles. (12) Colombia no posee guías de seguimiento del personal expuesto, no hay estudios poblacionales de enfermedades ocupacionales relacionadas con asbestos ni datos de prevalencia o de incidencia de las mismas.

Dentro de las alternativas al uso de asbestos se ha promovido el uso de fibras como las de lana mineral y lana de vidrio, que comparten aplicaciones en aislamiento y precios parecidos a los del amianto o asbesto. (13) La OMS recomienda reemplazar el asbesto con sustitutos seguros, desarrollando mecanismos económicos y tecnológicos que estimulen su reemplazo. (12).

La prevención primaria reduce el costo para los servicios de salud y ayuda a asegurar la sostenibilidad de los gastos en salud, así la forma más eficiente de eliminar las enfermedades relacionadas con los asbestos, es detener el uso de todos los tipos de asbestos. (12) La prohibición de la importación, extracción y uso de asbestos en el país, dará la certeza tanto a la industria y los productores, como a los trabajadores y consumidores, que después de la fecha de aprobación de la prohibición, los asbestos no volverán a ser usados en el territorio nacional.

En concordancia con lo expuesto, la Asociación Colombiana de Salud Pública hace un llamado al Congreso de la República para que tome en cuenta la evidencia científica y dé un respaldo unánime a la prohibición del asbesto en Colombia, y que se establezcan medidas y normas que favorezcan tanto la reducción de exposición de ciudadanos a los asbestos como la conversión y transición del sector productivo en procura de producir y comercializar materiales alternativos y que garanticen la preservación de salud de los colombianos.

El presente comunicado se suscribe el día cuatro (4) de septiembre de 2017.

Referencias

1. The Ban Asbestos in America Act of 2007. www.GovTrack.us/congress/bills/110/s742.
2. Olsson AC, Vermeulen R, Schüz J, Kromhout H, Pesch B, Peters S, Behrens T,

Portengen L, Mirabelli D, Gustavsson P, Kendzia B, Almansa J, Luzon V, Vlaanderen J, Stücker I, Guida F, Consonni D, Caporaso N, Lanqi MT, Field J, Brüske I, Wichmann HE, Siemiatycki J, Parent ME, Richiardi L, Merletti F, Jockel KH, Ahrens W, Pohlabein H, Plato N, Tardón A, Zaridze D, McLaughlin J, Demers P, Szeszenia-Dabrowska N, Lissowska J, Rudnai P, Fabianova E, Stanescu Dumitru R, Bencko V, Foretova L, Janout V, Boffetta P, Bueno-de-Mesquita B, Forastiere F, Brüning T, Straif K. Exposure-Response Analyses of Asbestos and Lung Cancer Subtypes in a Pooled Analysis of Case-Control Studies.

Epidemiology Mar; 28(2):288-299. 2017. doi: 10.1097/EDE.0000000000000604.

3. Sawanyawisuth K, Furuya S, Park EK, Myong JP, Ramos-Bonilla JP, Chimed Ochir O, Takahashi K. Compensation for Asbestos-Related Diseases in Japan: Utilization of Standard Classifications of Industry and Occupations *Asian Pac J Cancer Prev* Jul 27;18(7):1779-1782, 2017.

4. Hamra GB, Richardson DB, Dement J, Loomis D. Lung Cancer Risk Associated with Regulated and Unregulated Chrysotile Asbestos Fibers. *Epidemiology* Mar; 28(2):275-280, 2017. doi: 10.1097/EDE.0000000000000597.

5. Baur X. Asbestos: Sociolegal and Scientific Controversies and Unsound Science in the Context of the Worldwide Asbestos Tragedy - Lessons to be Learned. *Pneumologie* 70(06): 405-412, 2016. 001:10.1055/s-0042-103580.

6. Kyeong Min Kwak, Domyung Paek, Seung-sik Hwang, Young-Su Ju. Estimated future incidence of malignant mesothelioma in south korea: Projection from 2014 to 2033. 2017. doi: 10.1371/journal.pone. 0183404.

7. Oddone E, Ferrante D, Tunesi S, Magnani C. Mortality in asbestos cement workers in Pavia, Italy: A cohort study. *Am J Ind Med*. Aug 18. 2017. doi: 10.1002/ajim.22750. [Epub ahead of print].

8. Serio, G.; Pezzuto, F.; Marzullo, A.; Scattoni, A.; Cavone, D.; Punzi, A.; Fortarezza, F.; Gentile, M.; Buonadonna, A.L.; Barbareschi, M.; Vimercati, L. Peritoneal Mesothelioma with Residential Asbestos Exposure. Report of a case with long survival (Seventeen years) Analyzed by Cgh-Array. *Int. J. Mol. Sci.* 18, 1818, 2017.

9. Ana Claudia Ossa Giralda, Diana Maryory Gómez Gallego, Claudia Elena Espinal Correa. Asbesto en Colombia: Un enemigo silencioso. *Latreia*. 2014, 27(1):53. <https://search.proquest.com/docview/1501535253>.

10. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-493/98. 1998. <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1998/C-493-98.htm>.

11. Ministerio de Salud y Protección Social de Colombia. Resolución 00935, 2001. <http://fondorriesgoslaborales.gov.co/documents/Normatividad/Resoluciones/Res-935-2001.pdf>.

12. World Health Organization. Chrysotile Asbestos. 2014. ISBN 9789241564816.

13. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España. Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo NTP 306: Las fibras alternativas al amianto: consideraciones generales. http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/FichasTecnicas/NTP/Ficheros/301a400/ntp_306.pdf.

COMISIÓN SÉPTIMA CONSTITUCIONAL PERMANENTE DEL HONORABLE SENADO DE LA REPÚBLICA

Bogotá, D. C., a los veintinueve (29) días del mes de septiembre del año dos mil diecisiete (2017)

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

Concepto: Asociación Colombiana de Salud Pública

Refrendado por: Doctora *Dionne Alexandra Cruz Arenas* - Secretaria General- Junta Directiva.

Al proyecto de ley número 61 de 2017 Senado

Título del proyecto: **Al Proyecto de ley número 61 de 2017 Senado, por la cual se prohíbe el uso de asbesto en el territorio nacional y se establecen garantías de protección a la salud de los colombianos frente a sustancias nocivas.**

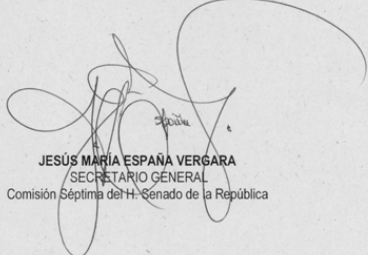
Número de folios: cuatro (4) folios.

Recibido en la Secretaría de la Comisión Séptima del Senado el día: catorce (14) de septiembre de 2017.

Hora: 4:08 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

CONTENIDO

Gaceta número 881 - miércoles 4 de octubre de 2017
 SENADO DE LA REPÚBLICA
 CONCEPTOS JURÍDICOS

	Págs.		
Conceptos jurídicos Minhacienda al informe de ponencia para segundo debate del Proyecto de ley número 129 de 2017 Senado, 095 de 2016 cámara, por medio de la cual se establece la estabilidad laboral reforzada de la mujer vinculada mediante contrato de prestación de servicios cuando sobrevenga el embarazo o la lactancia y se dictan otras disposiciones.	1	Concepto jurídico de Asociación Bancaria y de entidades financieras de Colombia al Proyecto de ley número 91 de 2017 Senado, por medio de la cual se brinda protección de los Recursos Destinados al Subsidio de Vivienda y se dictan otras disposiciones para facilitar el acceso a vivienda.	14
Concepto jurídico Ministerio de Justicia y del Derecho al Proyecto de ley número 111 de 2017 Senado, 161 de 2016 Cámara.....	3	Concepto jurídico de la Federación Colombiana de Municipios al Proyecto de ley número 04 de 2017 Senado, 008 de 2017 Cámara, por medio de la cual se crea el Sistema Nacional de Innovación Agropecuaria y se dictan otras disposiciones.....	19
Concepto Jurídico de la Asociación Nacional de Empresarios de Colombia al Proyecto de ley número 129 de 2017 Senado, 095 de 2016 Cámara, por medio de la cual se establece la estabilidad laboral reforzada en favor de la mujer vinculada mediante contrato de prestación de servicios cuando sobrevenga el embarazo o la lactancia y se dictan otras disposiciones.....	11	Concepto jurídico de la Cámara Colombiana de la Construcción al Proyecto de ley número 91 de 2017 de Senado, por medio de la cual se brinda protección de los recursos destinados al subsidio de vivienda y se dictan otras disposiciones para facilitar el acceso a vivienda.	20
Concepto Jurídico del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar al Proyecto de ley número 70 de 2017 Senado, 023 de 2016 Cámara, por medio del cual se adoptan medidas para el mejoramiento de las condiciones de vida de las personas que se encuentran bajo protección del ICBF y para la consolidación de su proyecto de vida.	13	Concepto jurídico de la Alcaldía de Medellín al Proyecto de ley número 95 de 2016 Senado, por medio de la cual se establece la estabilidad laboral reforzada en favor de la mujer vinculada mediante contrato de prestación de servicios cuando sobrevenga el embarazo o la lactancia y se dictan otras disposiciones.	22
		Concepto jurídico de la Asociación Colombiana de Salud Pública al Proyecto de ley número 61 de 2017 Senado, por la cual se prohíbe el uso de asbesto en el territorio nacional y se establecen garantías de protección a la salud de los colombianos frente a sustancias nocivas.....	25