



GACETA DEL CONGRESO

SENADO Y CÁMARA

(Artículo 36, Ley 5ª de 1992)

IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA
www.imprenta.gov.co

ISSN 0123 - 9066

AÑO XXIV - N° 858

Bogotá, D. C., miércoles, 28 de octubre de 2015

EDICIÓN DE 16 PÁGINAS

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

RAMA LEGISLATIVA DEL PODER PÚBLICO

SENADO DE LA REPÚBLICA

CONCEPTOS JURÍDICOS

CONCEPTOS JURÍDICO DEL MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 79 DE 2015 SENADO

por medio de la cual se generan disposiciones frente al consumo y distribución de bebidas energéticas y se dictan otras disposiciones.

Bogotá, D.C.

Doctor

JESÚS MARÍA ESPAÑA VERGARA

Comisión Séptima Constitucional

Senado de la República

Carrera 7 N° 8 – 68

Ciudad

Asunto: Concepto sobre el Proyecto de ley número 079 de 2015 Senado, por medio de la cual se generan disposiciones frente al consumo y distribución de bebidas energéticas y se dictan otras disposiciones.

Señor Secretario,

Teniendo en cuenta que la iniciativa de la referencia está pendiente de surtir primer debate en esa Corporación, se hace necesario emitir el concepto institucional desde la perspectiva del Sector Salud y Protección Social. Para tal cometido, se toma como fundamento el texto publicado en la *Gaceta del Congreso* número 626 de 2015.

Al respecto, este Ministerio, en ejercicio de las competencias constitucionales y legales que le asisten, en especial las previstas en el inciso 2° del artículo 208 de la Constitución Política

y el numeral 3 del artículo 59 de la Ley 489 de 1998, formula las siguientes observaciones:

1. Contenido del Proyecto

Se propone nuevamente, la regulación de la venta y consumo de bebidas energéticas.

El Congreso de la República, en 2008, había considerado del caso que el tema fuera analizado y fue así como se presentó el Proyecto de ley 021 de 2008 (Cámara), *por medio de la cual se prohíbe la venta a menores de edad de bebidas energéticas, se regula su comercialización y publicidad y se dictan otras disposiciones.* Igualmente se radicó, posteriormente, el Proyecto de ley 87 de 2013 Cámara, *por medio de la cual se prohíbe la venta a menores de edad de bebidas energéticas, se regula su comercialización y se dictan otras disposiciones,* sobre el cual este Ministerio se pronunció mediante concepto número 201311401375591 de 18 de octubre de 2013. Tras esto, en la pasada legislatura se sometió a consideración el Proyecto de ley 116 de 2014 (Cámara), *por medio de la cual se prohíbe la venta y/o consumo a menores de edad de bebidas energéticas, se regula su comercialización y se dictan otras disposiciones,* del cual se emitió el concepto número 201411401455531 de 8 de octubre de 2014. Si bien ninguna de las propuestas hizo curso, se mantiene la preocupación a ese nivel por su regulación.

Cabe señalar que a pesar de la afinidad temática, la actual iniciativa contiene algunas diferencias frente a las anteriores. En la misma se consagra lo que a continuación se describe:

1.1. El objetivo consiste en la protección de la población menor de 18 años de los riesgos producidos por las bebidas energéticas (artículo 1°).

1.2. En concordancia con lo anterior, la norma plantea la aplicación “*en todo el territorio nacional*” (artículo 2°). Adicionalmente, se incorpora lo que se ha de entender por bebida energética (artículo 3°), a saber:

[...] Las Bebidas Energéticas son bebidas analcohólicas, generalmente gasificadas, compuestas básicamente por azúcares diversos de distinta velocidad de absorción la base de su composición es Cafeína, Guaraná, hidratos de carbono, Taurina y glucoronolactona, entre otros.

1.3. El artículo 4° dispone la prohibición de su venta a menores de 18 años. Por su parte, el artículo 5° prevé que las empresas productoras deben reducir la cantidad de cafeína de 32 a 15 miligramos.

1.4. En punto a la advertencia (denominada publicidad) se indica, en el artículo 6°, que tales bebidas deben contener claridad sobre los efectos que producen esta clase de bebidas así como la prohibición de consumo a menores de 18 años.

1.5. Se contempla que el uso de las bebidas energéticas será exclusivo de personas mayores de 18 años (artículo 7°) estipulando además que su distribución y venta solo puede realizarse por droguerías debidamente acreditadas (artículo 8°).

1.6. En el artículo 10 se incluye el régimen sancionatorio por venta en establecimientos de comercio y, en el artículo 11, se establece que el Gobierno nacional contará con un plazo de 6 meses para su reglamentación.

2. Comentarios

2.1. *La bebida energizante o energética.*

El proyecto alude a la bebida energética para referirse a las comúnmente conocidas como bebidas energizantes. De acuerdo con la RAE¹ por energético se entiende:

Energético, ca.

1. adj. Perteneciente o relativo a la energía.
2. adj. Que produce energía.
3. f, *Fis.* Estudio y aplicaciones de la energía.

Por su parte, la aceptación energizante se define como:

1. adj. Que proporciona **energía** (ll poder para obrar) [...]².

¹ En: <http://lema.rae.es/drae/?val=energ%C3%A9tica> [Acceso 1 de septiembre de 2015]

² En: <http://lema.rae.es/drae/?val=energizante> [Acceso 1 de septiembre de 2015]

Aunque existe una evidente identidad en los términos, en su condición de adjetivo, pareciera que la acepción energizante abarca mejor el concepto que se quiere describir y es así como se ha divulgado a nivel mundial, siendo la palabra de uso común, además de que ha sido analizada en un fallo de la Sección Primera del Consejo de Estado relativo a una acción popular –radicado 25000 23 24 000 2010 00609 01(AP)³–. No obstante debe reconocerse que la noción “energética” es igualmente utilizada.

Con todo se vislumbra que el autor de la iniciativa no aclara el sentido de dichas premisas. Aparentemente y al revisar la definición de las bebidas que se regulan tanto en la Resolución 4150 de 2009 y la propuesta legislativa existe una diferencia que se puede visualizar a través del siguiente cuadro comparativo:

Resolución 4150 de 2009	Proyecto de ley 79 de 2015 (Senado)
Bebida analcohólica, generalmente gasificada, compuesta básicamente por cafeína e hidratos de carbono, azúcares diversos de distinta velocidad de absorción más otros ingredientes, como aminoácidos, vitaminas, minerales, extractos vegetales, acompañados de aditivos acidulantes, conservantes, saborizantes y colorantes.	Las bebidas energéticas son bebidas analcohólicas, generalmente gasificadas, compuestas básicamente por azúcares diversos de distinta velocidad de absorción la base de su composición es cafeína, guaraná, hidratos de carbono, taurina y glucoronolactona, entre otros.

Tras esto, y pese a que casi hay una identidad terminológica, no aparecen otros ingredientes que componen la bebida que incluyen, por ejemplo, el guaraná, característico por su contenido de cafeína. Es más, se percibe una imprecisión en la definición del proyecto pues se reitera en dos ocasiones su composición básica (composición básica y base de composición).

Ahora bien, conforme a las investigaciones que se han llevado, a cabo hasta el momento, “*desde la introducción Red Bull en Austria en 1987 y en Estados Unidos en 1997, las bebidas*

³ “(...) teniendo en cuenta que la categoría “bebida energética” ha sido recogida tanto a nivel de cuerpos internacionales, como se aprecia en el Sistema de Clasificación de los Alimentos del Codex Alimentarius –compendio de normas alimentarias, directrices y códigos de prácticas adoptados internacionalmente bajo el auspicio de la OMS y la FAO–, como por numerosos países del mundo, conforme lo allega y acredita la compañía productora de la bebida, resulta comprensible que se haya optado por incorporar dicha categoría en la regulación nacional (...) Siendo esto así, se tiene que aun cuando en un sentido natural la expresión “bebida energizante” podría tener el significado que le atribuye la parte demandante, lo cual podría dar pie para entender que de dicha calificación se deriva un engaño o defraudación de la buena fe del consumidor en tanto se trata de un producto que antes que generar energía en cantidades importantes estimula el sistema nervioso, es claro que se trata de una expresión técnica a la cual el mundo de la ciencia ha dado un sentido específico, que coincide con el incorporado por el Reglamento Técnico Nacional. (...)”

*energizantes han crecido exponencialmente*⁴. Hoy en día son asequibles a la población de manera variada mediante una amplia gama de ofertas y cuenta con importante apoyo publicitario que las hace atractivas para los jóvenes. Adicionalmente, la sociedad actual impulsa elementos narcisistas que infunden los valores de lo efímero y de lo vacío⁵. Esto no quiere decir que sean los únicos referentes pero son fuerzas que a diario se replican en función de la aprehensión por el consumo, al punto que ya uno de los mejores jugadores de fútbol colombiano actual, James Rodríguez, ha sido empleado para presentar una bebida energizante que ya fue noticia⁶.

Así mismo, es de anotar que esta clase de bebidas producen efectos iniciales de bienestar pues, como su nombre lo indica, energizan, cargan (o recargan) la “batería” del cuerpo. Mientras dura su acción, hay un aumento en el desempeño intelectual y físico, mucho menor en consumidores habituales⁷. No obstante, existen reacciones a nivel gastrointestinal, cardiovascular (taquicardia), renal, pulmonar, metabólico, *inter alia*⁸. El uso crónico genera enfermedades cardiovasculares, osteoporosis, intoxicación y síndrome de abstinencia⁹. Y esto se debe o depende de los componentes con que se acompañe la bebida, que incluso en diversas ocasiones, ha sido ingerida con alcohol. Efectivamente:

[...] Se evidencia que los componentes de las bebidas energizantes no son completamente inocuos y pueden presentarse efectos adversos, sobre todo a expensas de las metilxantinas que se encuentran en las altas concentraciones. Además el extracto de guaraná aporta una carga adicional de cafeína que la mayoría de las veces no se especifican en las latas, por lo que se desconoce el contenido total [...] ¹⁰.

Consecuentemente, dichos efectos negativos deben ser estudiados con mayor profundidad en población vulnerable:

Energy drinks have no therapeutic benefit, and many ingredients are understudied and not regulated. The known and unknown pharmacology of agents included in such drinks, combined with reports of toxicity, raises concern for potentially serious adverse effects in association with energy drink use. In the short-term, pediatricians need to be aware of the possible effects of energy drinks in vulnerable population and screen for consumption to educate families. Long-term research should aim to understand the effects in at-risk populations. Toxicity surveillance should be improved, and regulations of energy drink sales and consumption should be based on appropriate research¹¹.

Adicionalmente, un estudio en el Estado de Tabasco en México llevado a cabo con estudiantes de medicina arrojó la siguiente conclusión:

[...] Los datos obtenidos en este estudio muestran la importancia de contar con un programa educacional que permita corregir las percepciones equivocadas de los jóvenes universitarios con relación a las características y efectos colaterales de las bebidas energéticas. Frente a estos resultados se sugiere la necesidad de intervenciones para la prevención del consumo de energéticos, con orientaciones simples para estos jóvenes intentando reducir el uso de bebidas energéticas y reforzar la importancia de la hidratación y alimentación adecuada para conseguir un buen desempeño académico [...] ¹².

⁴ CHAD J. REISSIG, ERIC C. STRAIN, ROLAND R. GRIFFITHS. *Caffeinated energy drink-A growing problem. Science Direct, Baltimore. 2008, pág. 1*. En: <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0376871608002858> [Acceso 1 de septiembre de 2015].

⁵ Los términos son del profesor GILLES LIPOVETSKY en sus obras: *La era del vacío*. Ed. Anagrama, Barcelona, 1986 y *El imperio de lo efímero*. Ed. Anagrama, Barcelona, 1986.

⁶ Cfr.: <http://www.eltiempo.com/deportes/futbol/james-rodriguez-presento-su-bebida-energizante/14325276> [Acceso 1 de septiembre de 2015].

⁷ MIGUEL COTE-MENÉNDEZ, CLAUDIA XIMENA RANGEL-GARZÓN, MARLIB YOLIMA Sánchez-Torres, ADALBEIS MEDINA-LEMUS. *Bebidas energizantes: ¿hidratantes o estimulantes?* *Rev. Fac. Med. Unal*. Vol. 59 No. 3 Bogotá julio/septiembre 2011, pág. 263. En: <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci.pdf&pid=S0120-00112011000300008&ing=en&nrm=iso&ing=es> [Acceso 1 de septiembre de 2015].

⁸ *Ibid.* Págs. 259 a 260.

⁹ *Ibid.* Pág. 260.

¹⁰ *Ibid.* Pág. 263.

¹¹ [Las bebidas energizantes no tienen efectos terapéuticos benéficos y muchos de sus ingredientes están subestudiados y no regulados. La Farmacología de agentes, tanto conocida como desconocida, combinada con reportes de toxicidad, permite vislumbrar potencialmente serios efectos adversos asociados con el uso de las bebidas energizantes. En el corto tiempo, los pediatras deben estar atentos a los posibles efectos de las bebidas energizantes en poblaciones vulnerables y alertar respecto de su consumo para educar a las familias. En el largo plazo, las investigaciones deben permitir entender los efectos en poblaciones en riesgo. La vigilancia respecto de su toxicidad debería incrementarse y las regulaciones sobre venta y consumo de bebidas energizantes deberían estar basadas en investigaciones sustentadas] [Traducción libre]. SARA M. SEIFERT, BS, JUDITH L. SCHAECHTER, MD, EUGENE R. HERSHORIN, MD, STEVEN LIPSHULTZ, MD. *Health Effects of Energy Drinks on Children, Adolescents, and Young Adults. Pediatrics*, 2011. En: <http://pediatrics.aappublications.org/content/127/3/511.full> [Acceso 1 de septiembre de 2015]. Igualmente RAN D. GOLDMAN. *Caffeinated energy drinks in children. Canadian Family Physician*. September. 2013 vol. 59 No. 9 947-948. En: <http://www.cfp.ca/content/59/9/947.full> [Acceso 1 de septiembre de 2015].

¹² RAMÓN-SALVADOR, DIANA M. CÁMARA-FLORES. JOSÉ M. CABRAL-LEÓN, FRANCISCO J. JUÁREZ-ROJOP, ISELA E., DÍAZ-ZAGOYA, JUAN C. Consumo de bebidas energéticas en una población de estudiantes universitarios del estado de Tabasco, México *Salud en Tabasco*, vol. 19. 1 enero-abril, 2013, pp. 10-14. Secretaría de Salud del Estado de Tabasco Villahermosa, México. En: <http://www.redalyc.org/pdf/487/48727474003.pdf>, pág. 14. [Acceso 1 de septiembre de 2015]

De otro lado, dos dictámenes científicos elaborados por diferentes paneles de expertos de la Autoridad Europea para la Seguridad de los Alimentos (EFSA por sus siglas en inglés), han señalado la falta de información o necesidad de recoger datos para evaluar los efectos sobre “niños”, “adolescentes” y “adultos jóvenes” de algunos de los principales componentes de las bebidas energizantes como son la glucuronolactona, taurina y cafeína:

Scientific Opinion on the safety of caffeine.

Children and adolescents

The information available for this population subgroup on the relationship between caffeine intakes and health outcomes is insufficient to derive a safe level of caffeine intake¹³.

Scientific Opinion. The use of taurine and D-glucurono-y-lactone as constituents of the so-called “energy” drinks.

The panel concluded that actual exposure data on “energy” drink consumption, especially for adolescents and young adults, may need to be collected¹⁴.

Por lo anterior este Ministerio viene adelantando un proceso que permita contar con una revisión de la información científica que oriente la toma de decisiones en cuanto a la regulación de las bebidas energizantes.

En estas condiciones, las advertencias que se exteriorizan generan cautela en el consumo de tales bebidas, lo que hace necesario controlar su producción y comercio e impedir que se exponga al consumo de las mismas, básicamente en el caso de ciertas poblaciones.

2.2. Las facultades de la Resolución 4150 de 2009.

Precisamente, tal como se señala en el proyecto de ley, este Ministerio expidió la Resolución 4150 de 2009. Dicha regulación se encuentra fundamentada en los artículos 287 y 564 de la Ley 9ª de 1979, por medio de la cual se adoptan medidas sanitarias, y en la Ley 170 de 1994, que aprueba el acuerdo constitutivo de la Organización Mundial de Comercio (OMC).

En lo que tiene que ver con la Ley 170, la misma dispone en relación con la aplicación de medidas sanitarias, lo siguiente:

[Reafirmando que **no debe impedirse a ningún Miembro adoptar ni aplicar las medidas necesarias para proteger la vida y la salud de las personas** y los animales o para preservar los vegetales a condición de que esas medidas no se apliquen de manera que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los Miembros en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta del comercio internacional [...] [Énfasis fuera del texto].

Es claro para la OMC que las actividades económicas no pueden alterar la vida ni la salud de las personas, de ahí que a modo de directriz el mencionado acuerdo establezca:

Artículo 8º. Principios. [...] Los Miembros, al formular o modificar sus leyes y reglamentos, podrán adoptar las medidas necesarias para proteger la salud pública y la nutrición de la población, o para promover el interés público en sectores de importancia vital para su desarrollo socioeconómico y tecnológico, siempre que esas medidas sean compatibles con lo dispuesto en el presente acuerdo [...]

En lo que concierne a la Ley 9ª de 1979, los artículos aludidos en la Resolución determinan:

Artículo 287. El Ministerio de Salud reglamentará sistemas especiales de control que se deban efectuar cuando el producto lo requiera. En los establecimientos dedicados a la cría de animales de abasto, los sistemas de control de la calidad deberán establecerse en coordinación con el Ministerio de Agricultura.

Artículo 564. Corresponde al Estado como regulador de la vida económica y como orientador de las condiciones de salud, dictar las disposiciones necesarias para asegurar una adecuada situación de higiene y seguridad en todas las actividades, así como vigilar su cumplimiento a través de las autoridades de salud.

Como se ha indicado en varias ocasiones respecto de normas sanitarias, la Ley 9ª de 1979 es una disposición comprensiva e integral que tiene más de treinta años de haber sido expedida. Dentro de su articulado contiene un esquema completo de protección frente a los factores que generan riesgo a la población y además señala unas condiciones para evitarlas y mitigarlas en los diferentes espacios en que se desarrolle la sociedad y el individuo. Si bien algunos de sus segmentos han sido modificados o derogados en función de los cambios normativos ocurridos en el tiempo (que no solo han sido muchos sino significativos), hay que resaltar que varios de ellos mantienen su vigencia, eficacia y exigibilidad.

¹³ EFSA PANEL ON DIETETIC PRODUCTS, NUTRITION AND ALLERGIES (NDA), Scientific Opinion on the safety of caffeine. *EFSA journal* 2015, 13 (5):4102, Parma, Italy, 2015, pág. 75. En: http://www.efsa.europa.eu/sites/default/files/scientific_output/files/main_documents/4102.pdf [Acceso 1 de septiembre 2015]

¹⁴ EFSA PANEL ON FOOD ADDITIVES AND NUTRIENT SOURCES ADDED TO FOOD. Scientific Opinion on The use of taurine and D-glucurono-y-lactone as constituents of the so-called ‘energy’ drinks *EFSA Journal* (2009) 935, 1-31, 2009, pág. 75. En: http://www.efsa.europa.eu/sites/default/files/scientific_output/files/main_documents/4102.pdf [Acceso 1 de septiembre de 2015]

Esto explica la razón por la cual se haya podido regular lo relativo a las bebidas energizantes, tal y como se pasa a exponer.

2.3. La Resolución 4150 de 2009 y las restantes medidas de protección al consumidor.

Desde luego, en desarrollo de las facultades aludidas, la Resolución 4150 contiene los siguientes elementos de interés:

- Objeto y campo de aplicación (artículos 1° y 2°). Se trata de una medida de protección de la vida, la salud, la seguridad humana y la prevención de prácticas que induzcan al error o engaño que afecten al consumidor.

- Definiciones básicas (artículo 3°). Contempla las nociones de bebidas energizantes, cafeína, glucuronolactona, taurina y vitaminas.

- Requisitos generales de las bebidas energizantes, así como las prohibiciones y valores límite (artículos 5° a 10).

- Exigencias en cuanto al envase, rotulado y etiquetado (artículos 11 a 15), entre las que se incorporan frases de advertencia y concepto previo en materia de publicidad, con las correspondientes prohibiciones.

- Por último, se estipula los procedimientos administrativos (artículos 16 a 23), en especial las funciones propias que le competen al Invima, como autoridad de inspección, vigilancia y control en la materia.

Por otra parte, y como un elemento nuevo en la reflexión, debe tenerse en cuenta que a través de la ley 1480 de 2011 se expidió el estatuto del consumidor, inspirado en los siguientes principios:

Artículo 1°. Principios generales. Esta ley tiene como objetivos proteger, promover y garantizar la efectividad y el libre ejercicio de los derechos de los consumidores, así como amparar el respeto a su dignidad y a sus intereses económicos, en especial, lo referente a:

1. La protección de los consumidores frente a los riesgos para su salud y seguridad.

2. El acceso de los consumidores a una información adecuada, de acuerdo con los términos de esta ley, que les permita hacer elecciones bien fundadas.

3. La educación del consumidor

4. La libertad de constituir organizaciones de consumidores y la oportunidad para esas organizaciones de hacer oír sus opiniones en los procesos de adopción de decisiones que las afecten.

5. La protección especial a los niños, niñas y adolescentes, en su calidad de consumidores, de acuerdo con lo establecido en el Có-

digo de la Infancia y la Adolescencia [Énfasis fuera del texto].

En lo sucesivo, se aclara:

Artículo 2°. Objeto. Las normas de esta ley regulan los derechos y las obligaciones surgidas entre los productores, proveedores y consumidores y la responsabilidad de los productores y proveedores tanto sustancial como procesalmente.

Las normas contenidas en esta ley son aplicables en general a las relaciones de consumo y a la responsabilidad de los productores y proveedores frente al consumidor en todos los sectores de la economía respecto de los cuales no exista regulación especial, evento en el cual aplicará la regulación especial y suplementariamente las normas establecidas en esta ley.

Esta ley es aplicable a los productos nacionales e importados.

Quiere esto significar que el nivel de protección frente a tales productos no puede ser disminuido frente a normas específicas en salud y, por lo tanto, el intérprete debe acudir al mencionado estatuto en proveedores o de incrementar la salvaguarda.

Sin lugar a dudas, varios elementos convergen en la regulación en materia de bebidas energizantes y se exteriorizan en los derechos de los consumidores, entre otros, a la seguridad e indemnidad, a recibir información, a recibir protección contra la publicidad engañosa (artículo 3°), lo anterior dentro de un marco de orden público (artículo 4°). Con todo el artículo 31, relativo a la publicidad, dispone:

Artículo 31. Publicidad de productores no-cívicos. En la publicidad de productos que por su naturaleza o componentes sean nocivos para la salud, se advertirá claramente al público acerca de su nocividad y de la necesidad de consultar las condiciones o indicaciones para su uso correcto, así como las contraindicaciones del caso. El Gobierno podrá regular la publicidad de todos o algunos de los productos de que trata el presente artículo.

Parágrafo. Lo dispuesto en este artículo no podrá ir con contravía de leyes específicas que prohíban la publicidad para productos que afectan la salud.

2.4. Comentarios al articulado.

i. En primer lugar, la definición de bebida energética contenida en el artículo 3° de la iniciativa *sub examine* contiene una imprecisión ya detectada que se reitera en este punto. Se sugiere, además utilizar el término bebida energizante en todo el texto o eventualmente; aludir a la sinonimia existente para no crear eventuales confusiones. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que no todas las bebidas energizantes contienen gua-

raná, por cuanto es un ingrediente contemplado en los extractos vegetales que aporta cafeína a la composición del producto.

Ahora bien, las posibilidades regulatorias tanto en la Ley 9ª de 1979 como, de manera complementaria, en la Ley 1480 de 2011, permiten que las autoridades adopten medidas regulatorias para proteger a los ciudadanos frente a la exposición a ciertos productos que pueden causarles daño.

ii. Se considera que la prohibición de expendio de esas bebidas a menores de 18 años, contenida en el artículo 2º, se encuentra plenamente ajustada. En efecto, la Convención de los Derechos del Niño de 1989, adoptada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991 (norma que hace parte del bloque de constitucionalidad), consagra:

Artículo 1º. Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

De esta manera, y teniendo en cuenta que la mayoría de edad en Colombia se adquiere a los 18 años, es de resaltar que a los menores de dicho rango de edad se les debe propender una protección especial reforzada, sin realizar distinciones etarias al interior de ese grupo poblacional¹⁵. Este precepto se encuentra en correspondencia con el artículo 7º de la propuesta.

Sin embargo, se presenta incertidumbre en la información científica disponible con el fin de poder concluir sobre el riesgo a la salud de los niños, por cuanto a la fecha, como se señala en la parte 2.1, de este oficio no se cuenta con datos para este grupo, que permitan evaluar los ingredientes como cafeína, glucuronolactona y taurina que son utilizados en las bebidas energizantes.

iii. En relación con el artículo 5º, se estima que la norma que se propone complementa la prohibición de *“la venta en el territorio nacional de todas aquellas bebidas energizantes cuyo contenido supere los 250 mililitros de contenido”*. Así mismo, la leyenda que debe incluirse en el rotulado a que se refiere la Resolución 4150 de 2009: *“El límite máximo aceptable de consumo diario de este producto es de tres (3) latas por 250 ml”*.

Sobre el requisito dispuesto en el proyecto, se hace especial énfasis sobre el contenido de cafeína, lo cual puede ser objeto de oposición por parte de la industria de las bebidas energizantes, toda vez que existen productos en el mer-

cado con contenidos de cafeína mayores a los 15 mg/100 ml como es el caso del café filtrado, *espresso* o una taza de té negro.

iv. En cuanto al contenido y publicidad (artículo 6º), no se especifica este tema si no las advertencias, por lo que se sugiere aclararlo en el título.

Ahora bien, en relación con la publicidad como tal podría plantearse su prohibición total, tal y como se ha hecho en el caso del tabaco (Cfr. Ley 1335 de 2009). Naturalmente, una posición de esta naturaleza conduce a preguntarse en tomo a la constitucionalidad de prohibir la publicidad de un producto o servicio legal como una estrategia de empresa. En el caso del tabaco, la prohibición absoluta se encontró ajustada al ordenamiento por las siguientes razones¹⁶.

- Existen unos límites admisibles tanto a la libertad de empresa como a la libre iniciativa privada pues en la Constitución Política se adopta un régimen de economía social de mercado que plantea una tensión entre la garantía de un libre intercambio con la intervención del Estado.

- Tanto la publicidad como la propaganda son expresiones de dicha libertad, teniendo en cuenta que la propaganda es *“[...] la actividad destinada a dar a conocer al público un bien o servicio con el fin de atraer adeptos compradores, espectadores o usuarios, o crear simpatizantes, a través de cualquier medio de divulgación. A su vez, ha denotado a la publicidad como la propagación de noticias o anuncios de carácter comercial o profesional con el propósito antes indicado [...]”*¹⁷. Destaca las facetas de la publicidad frente a la libertad de empresa, los derechos de los consumidores y su carácter de discurso. La publicidad en todo caso, es un ejercicio de información y persuasión.

- Se destaca la legitimidad de la medida en diferentes países donde el fenómeno publicitario del tabaco ha sido prohibido o restringido. Al referirse a la Ley 1335, señala que el artículo 14 diferencia la promoción de tales productos en medios de comunicación destinados al público en general, lo *“[...] cual demuestra la intención inequívoca del legislador de extender la prohibición de la promoción de productos de tabaco a todo instrumento dirigido a la transmisión de información al público en general [...]”*¹⁸ y una prohibición particular en materia transfronteriza.

- Como una medida de intervención, encuentra que, además de estar prevista directamente por el legislador, no afecta la actividad empre-

¹⁵ Así lo ha reconocido la Corte Constitucional en materia de salud. Cfr. Auto 342 A de 15 de diciembre de 2008. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

¹⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, Sent. C-830 de 20 de octubre de 2010. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, Sent. C-830 de 20 de octubre de 2010. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva. Considerando 7.

¹⁸ *Ibid.* Considerando 26.1.

sarial sino una de sus conductas responde a un motivo adecuado y suficiente, es expresión del principio de solidaridad, tanto el medio como el fin son constitucionales y el medio escogido es idóneo para lograr el fin.

Realizado este análisis frente a la publicidad de bebidas energéticas-energizantes, se tiene que la prohibición del impulso de la actividad sí sería un mecanismo idóneo para lograr el objetivo de protección del interés superior del menor y tiene un móvil adecuado y suficiente. Dentro de los comentarios efectuados, la publicidad crea muchas veces una necesidad y pervierte la volición, distorsionando el consentimiento informado. Hace las veces de acicate para entrar en ese mundo como una adicción.

Al respecto, se ha indicado:

[...] Asimismo. “El propósito crucial y decisivo del consumo en una sociedad de consumidores [...] no es satisfacer necesidades, deseos o apetitos, sino en convertir y reconvertir al consumidor en producto, elevar el estatus de los consumidores al de los bienes de cambio vendibles” (Bauman 2007: 83). Por lo tanto, hacer de uno mismo un producto negociable, así como también responder rápida y eficazmente a las tentaciones del mercado, es responsabilidad y gravamen de cada uno.

Foucault explícita que para los discursos y fuerzas operen, no solo se necesita de instancias y sujetos que creen estas subjetividades, que disciplinen y normalicen, sino que también se debe vigilar que así sea. De esta manera, existe todo un saber, todo un sostén de antecedentes, toda una analítica respecto de las preferencias, gustos y tendencias de las personas. Un rasgo peculiar del modo de producción capitalista consiste, entonces, en que esta no requiere una forma ascética del deseo; los placeres son de hecho manipulados y producidos por el proceso de mercantilización y elaborado por el circuito del consumo. “El régimen de los cuerpos no está ya más fundado en un principio de restricción ascética, sino en el cálculo hedonista y la amplificación del deseo. El ascetismo ha sido transformado en prácticas que promueven al cuerpo en aras del sensualismo comercial” (Turner 1989: 299-300).

En este sentido, la publicidad es uno de los dispositivos de normativización y significación más importantes en la producción de sentidos sociales dentro de las sociedades contemporáneas. Es un sistema que goza de todo un régimen construido a través de un determinado discurso, y aun cuando puede tener un público objetivo, sus recomendaciones quedan enunciadas para todos, aunque no los busquemos, por lo que en todo momento nos recuerdan cuál es la norma, qué es lo que está a la moda, etc.

En el consumo actual los objetos ya no apuntan a su utilidad, sino que se busca en ellos una cuantía en tanto símbolo, pues se crea una extensión que les agracia incorporar elementos que van más allá de su razón práctica. La publicidad no comunica las características objetivas de aquello que promociona, sino más bien persigue construir en torno a ellos, y sobre ellos, combinaciones de significados y simbolizaciones que los doten de una cierta plusvalía, haciendo de ellos objetos indispensables [...]”¹⁹.

Esto no implica que se deje de brindar información sobre un bien y servicio en salud, lo que sí hay que diferenciar es que se dé en los términos de publicidad e impulso, puesto que puede contraer una práctica fundada en el demérito de la propia apariencia y en la divulgación de estereotipos.

v. Debe revisarse si la distribución o venta debe hacerse a través de droguerías (artículo 8°). Aunque parece una adecuada medida de control, podría estar desbordando los esquemas de comercialización y convirtiéndose en una modalidad demasiado restrictiva.

vi. Respecto del artículo 9° debe aclararse, además que debe existir un procedimiento para la aplicación de la sanción. En torno al régimen sancionatorio, se considera importante incluir esquemas de proporcionalidad o gradualidad o remitir a los existentes pues a través de estos, se definen parámetros para el aplicador jurídico, matizando la subjetividad. De otra parte, debe producirse un esfuerzo por dar claridad a la infracción administrativa. Así se desprende del siguiente texto:

[...] En materia de tipificación de las infracciones, la tendencia apunta a exigir una claridad suficiente, pero aceptando un grado de precisión menor al requerido en el derecho penal, lo cual comporta un menor rigor en la defensa del principio de reserva de ley en materia de infracciones administrativas²⁰. En lo

¹⁹ SOSSA ROJAS, ALEXIS. Análisis desde Michel Foucault referentes al cuerpo, la belleza física y el consumo. *Polis (Santiago)*, 2011, vol. 10 No. 28:559-581.

²⁰ En cuanto a los países de tradición romano-germánica, el Tribunal Constitucional Español ha considerado “contrario a la Constitución (...) la habilitación conferida a la administración, por una norma desprovista de contenido material propio en cuanto a la especificación de las infracciones administrativas y las consecuencias administrativas a la que lleven” (Sentencia No. 42 del 7 de abril de 1987, Jurisprudencia Constitucional, 1987 vol. XVII p. 490), y a la vez se ha limitado a exigir una simple “cobertura legislativa” de la materia y estima suficiente la determinación de los rasgos principales del comportamiento antijurídico (Sentencia No. 3 de 1988, Jurisprudencia Constitucional, 1988, Vol. XX, p. 14). Igualmente, la Corte Constitucional italiana afirma que en materia de sanciones administrativas es exigible “el principio de tipicidad del comportamiento sancionable” (*Principio di Tipicità di Comportamenti Sanzionabili*, Sentencia nú-

que respecta al procedimiento, se aprecia que las principales decisiones han versado sobre el derecho de defensa y la necesidad de motivación del acto que impone la sanción²¹. En lo atinente a los temas analizados específicamente en la presente sentencia –aplicación de las sanciones (culpabilidad y proporcionalidad) y distribución de la carga de la prueba– es necesario adelantar algunas consideraciones menos generales [...] ²².

Es más, las mismas deben imponerse pero con sujeción a un debido proceso (artículo 29 C. P.), como ya se ha reseñado, por lo que sería recomendable efectuar una remisión. Sobre el particular, la Corte Constitucional ha puntualizado:

[...] 3.3.2. En uno de los primeros fallos en los que abordó el tema, esta Corporación reiteró la jurisprudencia de la Corte Suprema en la que se había puesto de presente que el *ius punendi* del Estado es un género que cubre varias especies entre las que se cuentan el derecho penal y el derecho administrativo sancionador²³.

En razón a su condición de actividad punitiva del Estado, la imposición de sanciones administrativas se encuentra sujeta al artículo 29 de la Constitución que consagra el derecho al debido proceso. De esta manera “los principios del derecho penal –como forma paradigmática de control de la potestad punitiva– se aplican, con ciertos matices, a todas las formas de actividad

sancionadora del Estado²⁴⁻²⁵. El debido proceso, por su parte, “comporta una serie de garantías como la publicidad y celeridad del procedimiento, el derecho de defensa y contradicción, el principio de legalidad del ilícito y de la pena, la garantía del juez competente, etc., que solo tienen sentido referidas a la actividad sancionadora del Estado. Es decir son garantías aplicables al proceso de imposición de sanciones” [...] ²⁶⁻²⁷.

La Alta Corporación también enfatizó:

En cuanto a las sanciones disciplinarias establece que el profesional que incurra en cualquiera de las faltas allí previstas puede ser sancionado con censura²⁸, multa²⁹, suspensión³⁰ o exclusión³¹ del ejercicio de la profesión. La imposición de tales sanciones debe regirse por los criterios de graduación que la propia ley establece. (Artículo 40 Ley 1123 de 2007).

Esos criterios de graduación (artículo 45 *ib.*) están clasificados en: (i) Generales, dentro de los cuales se ubican algunos de carácter objetivo (la modalidad de la conducta y sus circunstancias, su trascendencia social, y el perjuicio ocasionado), y otros de naturaleza subjetiva (los motivos determinantes del comportamiento)³². (ii) de

mero 100 de 1981, *Giuriprudenza Costituzionale*. 1981, p. 843) pero que en estos casos no es posible predecir todos los comportamientos específicos que equivaldrían a una sanción, por lo que es legítimo utilizar “expresiones generales suficientes para individualizar la norma en cuestión y apreciar si un comportamiento determinado la ha desconocido”. La misma tendencia puede ser observada en los países de tradición anglosajona. La Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos ha sostenido que las normas que establecen sanciones administrativas deben contener estándares suficientemente claros para guiar a la administración, pero ha aceptado estándares más vagos que en el régimen penal, de acuerdo a dos fundamentos: Primero, las determinaciones legislativas mínimas son suficientes en materias en que es conveniente dejar las precisiones al juicio de organismos administrativos técnicos con mayor conocimiento de la regulación sectorial, y segundo, la necesidad de reacción oportuna en materias en las cuales surgen comportamientos contrarios a derechos difíciles de prever (*Panama Refining Co. vs. Ryan* (1935) 293 US 388; *Scheiter Puultry Corp. vs. United States* (1935) 295 US 495).

²¹ Ver *Moderne*, Op. cit., páginas 315-320.

²² CORTE CONSTITUCIONAL, sent. C-616 de 6 de agosto de 2002, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

²³ Sentencia C-214 de 1994, M. P. Antonio Barrera Carbonell. (En esta sentencia, en la que la Corte Constitucional conoció de una demanda contra una norma que establece una multa en el ámbito del control vehicular, se realiza uno de los primeros estudios por parte de esta Corporación en materia de potestad sancionatoria de la administración).

²⁴ Al respecto pueden consultarse las sentencias C-599 de 1992, C-390 de 1993, C-259 de 1995, C-244 de 1996, entre otras.

²⁵ Sentencia C-690 de 1996; M. P. Alejandro Martínez Caballero.

²⁶ Sentencia C-506 de 2002; M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra (En esta sentencia, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de varias normas relativas a sanciones tributarias. Consta allí un resumen de la jurisprudencia proferida por esta Corporación sobre dicha materia).

²⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, sent. C-616 de 6 de agosto de 2002, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

²⁸ Conforme al artículo 41 de la ley consiste en la reprobación pública que se hace al infractor por la falta cometida.

²⁹ De acuerdo con el artículo 42 es una sanción de carácter pecuniario que no podrá ser inferior a un (1) smmlv ni superior a cien (100) smmlv, dependiendo de la gravedad de la falta, la cual se impondrá en favor del Consejo Superior de la Judicatura el cual organizará programas de capacitación y rehabilitación con entidades acreditadas, pudiendo incluso acudir a los colegios de abogados.

³⁰ La suspensión consiste en la prohibición de ejercer la profesión por el término señalado en el fallo. Esta sanción oscilará entre dos (2) meses y (3) tres años. Esta sanción podrá agravarse (entre seis meses y cinco años) cuando los hechos que originen la imposición de la sanción tengan lugar en actuaciones judiciales del abogado que se desempeñe o se haya desempeñado como apoderado o contraparte de una entidad pública.

³¹ Consiste en la cancelación de la tarjeta profesional y la prohibición para ejercer la abogacía.

³² **Artículo 45. Criterios de graduación de la sanción.** Serán considerados como criterios para la graduación de la sanción disciplinaria, los siguientes:

A. Criterios generales:

1. La trascendencia social de la conducta.

2. La modalidad de la conducta.

3. El perjuicio causado.

4. Las modalidades y circunstancias en que se cometió la falta, que se apreciarán teniendo en cuenta el cuidado empleado en su preparación.

5. Los motivos determinantes del comportamiento”. *Diario Oficial* 46.519 del 22 de enero de 2007.

atenuación, como la confesión y el resarcimiento o compensación del daño³³, (iii) de agravación, tales como la entidad de los bienes jurídicos afectados, la sindicación infundada a terceros, el aprovechamiento propio o ajeno de valores recibidos en virtud del encargo, la concurrencia de coparticipes en el hecho, la existencia de antecedentes disciplinarios, y el aprovechamiento de una circunstancia de vulnerabilidad en el afectado³⁴⁻³⁵.

En cuanto a las sanciones, no puede desconocerse que estas deben ser ejemplares y se deben dirigir a tutelar, adecuadamente, el bien jurídico protegido. Igualmente, debe ser claro quién impone la sanción, pues el artículo no lo plantea diáfananamente.

vii. En lo atinente al artículo 10, se estima que no corresponde a la competencia del Congreso de la República entrar a determinar un término dentro del cual debe desarrollarse una regulación toda vez que no es del resorte de su competencia. Sobre el particular la Corte Constitucional ha manifestado:

[...] 48. Respecto del primer tópico, debe la Sala recordar cómo la jurisprudencia constitucional ha insistido en que someter la potestad reglamentaria a una limitación de orden temporal significa desconocer lo establecido en el artículo 189 numeral 11, superior³⁶. Según lo previsto en el referido precepto constitucional, la potestad reglamentaria no solo radica en cabeza del Presidente de la República como suprema autoridad administrativa, sino que el Presidente conserva dicha potestad durante todo el tiempo

³³ “[B] Criterios de atenuación. (...) 1. La confesión de la falta antes de la formulación de cargos. En este caso la sanción no podrá ser la exclusión siempre y cuando carezca de antecedentes disciplinarios. 2. Haber procurado, por iniciativa propia, resarcir el daño o compensar el perjuicio causado. En este caso se sancionará con censura siempre y cuando carezca de antecedentes disciplinarios”.

³⁴ (...) C. Criterios de agravación
1. La afectación de Derechos Humanos.
2. La afectación de derechos fundamentales.
3. Atribuir la responsabilidad disciplinaria infundadamente a un tercero.
4. La utilización en provecho propio o de un tercero de los dineros, bienes o documentos que hubiere recibido en virtud del encargo encomendado.
5. Cuando la falta se realice con la intervención de varias personas, sean particulares o servidores públicos.
6. Haber sido sancionado disciplinariamente dentro de los 5 años anteriores a la comisión de la conducta que se investiga.
7. Cuando la conducta se realice aprovechamiento las condiciones de ignorancia, inexperiencia o necesidad del afectado.

³⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, sent. C-290 de 2 de abril de 2008, M. P. Jaime Córdoba Triviño. En concordancia, cfr. Sent. C-379 de 23 de abril de 2008. M. P. Humberto Sierra Porto.

³⁶ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL, sent. C-066 de 10 de febrero de 1999, MM. PP. Fabio Morón Díaz y Alfredo Beltrán Sierra.

de vigencia de la ley con el fin de asegurar su cumplida ejecución. En otras palabras: el legislador no puede someter a ningún plazo el ejercicio de la potestad reglamentaria. Al haber sujetado el artículo 19 el ejercicio de tal potestad a un plazo, incurrió en una práctica que contradice lo dispuesto por el artículo 189 numeral 11 de la Constitución Nacional, motivo por el cual la Sala declarará inexecutable el siguiente aparte del artículo 19 de la Ley 1101 de 2006: “en un plazo no superior a seis (6) meses contados a partir de su entrada en vigencia”³⁷.

Se insiste, en consecuencia, que por la naturaleza de la facultad reglamentaria, la misma no es susceptible de esta clase de restricciones y así lo ha reiterado la Alta Corporación³⁸.


CONCLUSIÓN

En este orden de ideas se considera que el proyecto está orientado a la protección de la salud humana, retomando parámetros previstos en la Resolución 4150 de 2009. No obstante, se perciben ciertos aspectos de inconveniencia y algunas contradicciones en su articulado que afectan su estructura y concepción.

Es importante señalar que esta Cartera está en proceso de recopilar mayor información en torno a los efectos de dichas bebidas.

En estos términos se presenta la posición del Ministerio de Salud y Protección Social en lo relativo a la iniciativa legislativa de la referencia.

Atentamente,



ALEJANDRO GAVIRIA URIBE
Ministro de Salud y Protección Social

COMISIÓN SÉPTIMA CONSTITUCIONAL PERMANENTE DEL HONORABLE SENADO DE LA REPÚBLICA

Bogotá, D. C., a los veintiuno (21) días del mes de octubre del año dos mil quince (2015). En la presente fecha se autoriza la **publicación en Gaceta del Congreso de la República**, las siguientes consideraciones:

Concepto: Ministerio de Salud y Protección Social.

Refrendado por: Alejandro Gaviria Uribe.

**Al Proyecto de ley número 79 de 2015
Senado.**

³⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, sent. C-1005 de 15 de octubre de 2008, M. P. Humberto Sierra Porto.

³⁸ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL, sent. C-765 de 3 de octubre de 2012, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

Título del Proyecto: *por medio de la cual se generan disposiciones frente al consumo y distribución de bebidas energéticas, y se dictan otras disposiciones.*

Número de folios: Diecinueve (19).

Recibido en la Secretaría de la Comisión Séptima del Senado el día: Miércoles veintiuno (21) de octubre de 2015.

Hora: 8:40 a.m.

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

El Secretario,



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

* * *

CONCEPTO JURÍDICO DEL MINISTERIO DE TRABAJO AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 23 DE 2015 SENADO

por medio de la cual se adiciona un parágrafo al artículo 51 de la Ley 100 de 1993.

1000000-203210

Bogotá, D. C., 22 de octubre de 2015

Doctores

GREGORIO ELJACH PACHECO

Secretario General Senado de la República

JORGE HUMBERTO MANTILLA SERRANO

Secretario General de la Cámara de Representantes

Congreso de la República de Colombia

Capitolio Nacional

Primer Piso

Calle 10 N° 7-50

Bogotá

Referencia: Concepto Técnico a Proyecto de ley número 23 de 2015 Senado.

Respetados doctores:

En atención a los proyectos de ley allegados al Ministerio de Trabajo para efectos de que emitamos el correspondiente concepto técnico, de manera atenta manifestamos que hemos agrupado los proyectos de ley respecto de los que tienen un impacto fiscal que afectaría el Sistema Pen-

sional y los proyectos de ley que tienen impacto en el sector productivo que aumentaría los costos salariales para los empleadores, para efectos de solicitar al Ministerio de Hacienda y Crédito Público información sobre los costos fiscales que generarían la aprobación de estos proyectos y al Departamento Nacional de Planeación información sobre el impacto que podrían tener estas medidas sobre la generación de empleo dadas las actuales condiciones por las que atraviesa el país, así:

Frente al Sistema Pensional, en la actualidad cursan en el Congreso siete proyectos de ley:

– **Proyecto de ley número 23 de 2015 Senado**, *por medio de la cual se adiciona un parágrafo al artículo 51 de la Ley 100 de 1993.*

Este proyecto de ley pretende que se conceda el auxilio funerario también a la persona que comprueba haber sufragado los gastos de entierro del cónyuge, compañera o compañero permanente del pensionado siempre y cuando este último tenga la calidad del beneficiario de la pensión de sustitución o de sobrevivencia.

– **Proyecto de ley número 49 de 2015 Cámara**, *por medio de la cual se modifica el número de semanas a cotizar para acceder a la pensión por parte de las mujeres.*

Este proyecto de ley establece que las mujeres deben cotizar 1150 semanas para tener derecho a la pensión de vejez a partir del año 2015 y no 1300.

– **Proyecto de ley número 49 Senado**, *por medio de la cual se establece el subsidio gubernamental a los aportes realizados por campesinos y otros sectores de escasos recursos económicos, al Sistema de Beneficios Económicos Periódicos BEPS y se dictan otras disposiciones.*

Este proyecto pretende que el Estado haga una mayor contribución económica vía subsidios al ahorro realizado por los campesinos, al pasar su participación de un 20% al 50%, es decir, crear un sistema diferenciado para este tipo de población.

– **Proyecto de ley número 088 de 2015 Cámara**, *por medio de la cual se crea el beneficio económico de subsistencia mensual durante el trámite de la pensión de vejez y se dictan otras disposiciones.*

El proyecto establece que las entidades administradoras de pensiones pagarán un beneficio de subsistencia mensual equivalente a tres cuartas partes del salario mínimo legal mensual vigente a los afiliados que hayan solicitado la pensión y la solicitud no haya sido resuelta en el periodo que estipula la ley.

Señala el proyecto que en caso de no tener derecho a la pensión se podrá descontar el valor

otorgado de la indemnización sustitutiva de la pensión o de la devolución de saldos y la entidad tendrá facultades de recobro de las sumas pagadas cuando haya lugar.

– **Proyecto de ley número 083 de 2015 Cámara**, por la cual se crea el sistema general para la atención integral y protección a personas con trastorno del espectro Autista (T.E.A.) y condiciones similares y se dictan otras disposiciones.

Este proyecto de ley en su artículo 8°, párrafo 4°, literal c) señala que los padres de personas con discapacidad mental, se podrán pensionar a las mil (1000) semanas de cotización, con el 100% de su salario, y la pensión será de carácter vitalicio, y el literal d) señala que para padres o madres cabeza de hogar donde exista un hijo con T.E.A. y en condiciones similares, cuya discapacidad le impida a aquel o aquella laborar por estar al cuidado de su hijo, el Estado proveerá un auxilio económico de un (1) Salario Mínimo Legal Vigente, que será aportado por el Fondo de Solidaridad Pensional.

– **Proyecto de ley número 73 de 2015 Senado**, por medio de la cual se hace reconocimiento a los reservistas colombianos y se dictan otras disposiciones.

El proyecto de ley en el artículo 5° se refiere a “Responsabilidades del Estado” y en el numeral 8 establece la creación de una pensión vitalicia a los padres de familia que hayan aportado más de cuatro miembros entre padre e hijos de la misma familia a prestar el Servicio Militar.

– **Proyecto de ley número 91 de 2015 Senado**, por la cual se adoptan medidas para aumentar la cobertura en el Sistema General de Pensiones y se dictan otras disposiciones.

Este proyecto de ley establece entre otras, que los afiliados que a los 57 años si son mujeres y 62 años si son hombres que no hubieren cotizado las semanas mínimas para acceder al derecho a la pensión de vejez, pero tengan al menos 650 semanas de cotización, podrán acceder a la pensión de vejez, siempre y cuando el afiliado autorice a la administradora de pensiones y/o a la entidad que realice el pago de la prestación económica, a efectuar el descuento de la mesada pensional reconocida correspondiente al valor de las cotizaciones que le faltaren para completar las 1300 semanas de cotización requeridas. Este mismo beneficio se establece para otorgar la garantía de pensión mínima y será extendido a la pensión familiar.

Señala además que el Gobierno nacional reglamentará el mecanismo, la forma y condiciones para ampliar la cobertura del Sistema General de Pensiones en este sentido, a través de recursos que destine del Presupuesto General de

la Nación o de cualquier otra fuente de cualquier naturaleza.

De otra parte las siguientes iniciativas tienen un impacto en el sector productivo porque aumentan los costos salariales a cargo de los empleadores, así:

Cursan en el Congreso siete proyectos:

Proyecto de ley número 35 de 2015 Senado, por medio de la cual se reduce la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo de las mujeres cabeza de familia.

Este proyecto busca reducir en una hora la duración máxima de la jornada ordinaria de las mujeres cabeza de familia, buscando que se establezca por parte del Gobierno nacional incentivos para el sector privado que cree, promocio-ne o desarrolle programas especiales de empleo para estas mujeres.

Proyecto de ley número 064 de 2015 Cámara, 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.

Este proyecto de ley amplía la licencia de maternidad a 18 semanas y la del padre a 15 días, con la posibilidad de ampliar la licencia de maternidad hasta por 6 semanas más dependiendo de la evolución satisfactoria del niño(a) para completar un total de 24 semanas.

Proyecto de ley número 103 de 2015 Cámara, por medio de la cual se reforman los artículos 236 y 239 del Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.

Este proyecto al igual que el anterior, pretende ampliar la licencia de maternidad a 18 semanas.

Proyecto de ley número 051 de 2015 Cámara, por medio de la cual se adoptan mecanismos de protección de la familia.

Este proyecto plantea que los empleados puedan solicitar a sus empleadores la suscripción de un acuerdo sobre el horario y las condiciones de trabajo para facilitar el cumplimiento de sus deberes familiares. En el acuerdo se podrán convenir, entre otras medidas, el horario flexible, el trabajo a tiempo parcial, los empleos compartidos, la semana laboral comprimida, la jornada laboral reducida, flexibilidad en el lugar de trabajo, teletrabajo o trabajo a distancia, en forma tal que se concilien los deberes familiares con las obligaciones laborales.

El proyecto dispone además que las plantas de personal de las entidades estatales incluyan empleos de tiempo parcial en los casos en los que las funciones puedan ser desarrolladas por más de una persona sin que signifiquen trauma-

tismos para el cumplimiento de la misión institucional y los trabajadores podrán optar por ese tipo de vinculación para hacerlo compatible con el cumplimiento de sus deberes familiares.

Proyecto de ley número 59 de 2015 Senado, por medio de la cual se protege el cuidado de la niñez – Ley Issac.

Este proyecto de ley establece que quien tenga la custodia de un niño o niña que necesite acompañamiento o asistencia en los eventos en que su salud lo requiera, tendrá derecho al reconocimiento de licencia remunerada para acompañarlo en casos de incapacidad médica que va desde 8 a 20 días hábiles en el año calendario.

Proyecto de ley número 18 de 2015 Senado, por la cual se promueve el acceso al trabajo para personas con discapacidad y se dictan otras disposiciones.

Este proyecto de ley propone se incluya en el Título III de la Primera Parte del Código Sustantivo del Trabajo un capítulo sobre la vinculación laboral de personas con discapacidad, que incluye entre otras medidas de promoción para la contratación.

Proyecto de ley número 089 de 2015 Cámara, por medio de la cual se promueve y protege el empleo de trabajadores con responsabilidades familiares de cuidadores, permitiendo su inserción laboral y se dictan otras disposiciones.

Este proyecto de ley establece que la política de empleo para trabajadores con responsabilidades familiares de cuidadores, debe dirigirse a estimular la inserción laboral mediante alternativas de trabajo flexible. En su artículo 5° señala que si un trabajador asume responsabilidades familiares de cuidador podrá concertar con su empleador beneficios especiales tales como permisos y flexibilización del horario laboral.

Es importante anotar que el Gobierno nacional valora el objetivo social que plantean muchos de estos proyectos de ley presentados, al proponer una nueva realidad en materia social, familiar y de empleo que permiten un mayor ingreso para la población y continuar avanzando en la mejora de la calidad de vida de los trabajadores colombianos, que en consecuencia mejoren la productividad laboral y organizacional, garantizando más eficiencia en la producción en correspondencia directa con la equidad e igualdad a favor de los grupos discriminados y que debe primar en las relaciones laborales.

Sin embargo, también es importante considerar el potencial impacto que tienen este tipo de iniciativas sobre la contratación. Es un propósito de este Ministerio apoyar todas las iniciativas que busquen mejorar las condiciones laborales de los trabajadores colombianos, pero siempre

protegiendo al trabajador activo y cesante, es decir, velando por un sano equilibrio entre beneficios laborales y creación de empleo.

En este sentido, consideramos que las iniciativas deben ser analizadas en conjunto para poder determinar el impacto fiscal y en materia de generación de empleo, para no contar con una mirada parcial en materia de beneficios, toda vez que se podrían generar asimetrías no deseables en el mercado laboral.

Finalmente, una vez contemos con los estudios pertinentes sobre el impacto de las iniciativas referidas, acogidos al artículo 56 de la Constitución Nacional y lo reglamentado en la Ley 278 de 1996 que establece las funciones de la Comisión Permanente de Concertación de Políticas Laborales y Salariales integrada por el Gobierno nacional, por Representantes de los Empleadores y de los Trabajadores, serán llevados a discusión para concertar estas políticas salariales y laborales.

Cordialmente,



LUIS EDUARDO GARZÓN
Ministro del Trabajo

Copias: Doctor Mauricio Cárdenas Santamaría – Ministro de Hacienda y Crédito Público – Carrera 8 N° 6C-38 Bogotá.

Doctor Simón Gaviria Muñoz, Director General Departamento Nacional de Planeación (DNP) – Calle 26 N° 13-19 Edificio Fonade Bogotá.

Doctor Luis Ernesto Gómez Londoño, Viceministro de Empleo y Pensiones, Ministerio del Trabajo.

Doctor Enrique Borda, Viceministro de Relaciones Laborales, Ministerio del Trabajo.

Copia Comisión Séptima Senado.

COMISIÓN SÉPTIMA CONSTITUCIONAL
PERMANENTE DEL HONORABLE
SENADO DE LA REPÚBLICA

Bogotá, D. C., a los veintiséis (26) días del mes de octubre del año dos mil quince (2015).

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

Conceptos del: Ministerio del Trabajo

Refrendado por: Luis Eduardo Garzón

Referente a los siguientes proyectos de ley:

1. **Proyecto de ley número 23 de 2015 Senado**, por la cual se adiciona un parágrafo al artículo 51 de la Ley 100 de 1993.

2. Proyecto de ley número 91 de 2015 Senado, por la cual se adoptan medidas para aumentar la cobertura en el sistema general de pensiones y se dictan otras disposiciones.

3. Proyecto de ley número 35 de 2015 Senado, por medio de la cual se reduce la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo de las mujeres cabeza de familia.

4. Proyecto de ley número 103 de 2015 Senado, por medio de la cual se adiciona un artículo al Código Sustantivo del Trabajo, se establece el fuero de cónyuge, compañero o compañera permanente en condición de desempleado y se dictan otras disposiciones.

5. Proyecto de ley número 59 de 2015 Senado, por medio de la cual se protege el cuidado de la niñez (Ley Isaac).

6. Proyecto de ley número 18 de 2015 Senado, por la cual se promueve el acceso al trabajo para personas con discapacidad y se dictan otras disposiciones.

7. Proyecto de ley número 49 de 2015 Senado, por medio de la cual se establece el subsidio gubernamental a los aportes realizados por campesinos y otro sectores de escasos recursos

económicos, al sistema de beneficios económicos periódicos BEPS y se dictan otras disposiciones.

Número de folios: cinco (5)

Recibido en la Secretaría de la Comisión Séptima del Senado el día: lunes 26 de octubre de 2015.

Hora: 5:05 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
¡SÍ SE PUEDE LA DEMOCRACIA

CARTA DE COMENTARIOS

CARTA DE COMENTARIOS DE ANDI AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 18 DE 2015 SENADO

ANDI

DOCUMENTO

Inclusión Laboral de Personas en Condición de Discapacidad

(Proyecto de ley número 18 de 2015 Senado)

Comentarios a los Textos Radicados

La Asociación Nacional de Empresarios de Colombia (ANDI), inspirada en el bien común, en la democracia participativa y en la búsqueda del mayor desarrollo y beneficio social para los colombianos, se permite presentar sus opiniones respecto del proyecto de ley sobre inclusión laboral de personas en condición de discapacidad.

I. Sobre las barreras de acceso al empleo y su eliminación

El Proyecto de ley radicado establece que no será necesario contar con autorización del Ministerio del Trabajo para la terminación de la relación laboral con personas en condición de discapacidad, siempre que se respete el debido proceso. Esta modificación atiende uno de los obstáculos que se ha detectado desde el sector

productivo, como barreras que dificultan la vinculación laboral de personas en condición de discapacidad.

Una encuesta realizada a los empresarios del país revela que la principal barrera de estos para contratar personas en condición de discapacidad es la dificultad que presenta la eventual terminación del contrato de trabajo¹. En el efecto, el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, así como la jurisprudencia de la Corte Constitucional han determinado que al terminar un contrato, un empleador debe tener en cuenta lo siguiente:

1. Si la discapacidad es conocida, se presume que la terminación es discriminatoria.

2. La terminación del contrato está prohibida, salvo que exista Justa Causa.

3. Existiendo Justa Causa, el despido debe ser autorizado por el Ministerio del Trabajo.

De lo anterior se encuentra que la desvinculación de una persona en condición de discapacidad es bastante rígida: está en principio prohibida, requiere una carga probatoria especial para demostrar que el despido no es discriminatorio y en todo caso debe ser autorizado por el Ministe-

¹ PACTO DE PRODUCTIVIDAD, Consultoría sobre análisis de la normatividad y propuesta de ajustes, 2013.

rio del Trabajo. De no cumplir con estos requisitos, el empleador se expone a la ineficacia de la desvinculación y el pago de una indemnización sancionatoria.

Al respecto, un estudio adelantado por expertos contratados por el Pacto para la Productividad reportó que el 89% de los empresarios identifican esta rigidez como una barrera a la contratación de personas en condición de discapacidad. En el mismo sentido, encontró que la inmensa mayoría de empresas estarían dispuestas a contratar a más personas en condición de discapacidad, si la legislación para hacerlo fuera más flexible².

En este contexto, la modificación propuesta por el proyecto de ley es una medida tendiente a incentivar la vinculación de personas en condición de discapacidad, a través de la simplificación de procedimientos que se han identificado como complejos. Por ello, tiene el potencial de solucionar el problema identificado y en ese sentido, es una medida conveniente para lograr mayor inclusión laboral.

Por lo anterior, la ANDI recomienda respetuosamente, aprobar esta modificación.

II. Sobre la modificación a la certificación de Discapacidad

El proyecto de ley plantea modificar el artículo 31 de la Ley 361 de 1997, con el objeto de cambiar la definición de discapacidad, necesaria para el acceso al incentivo tributario al que se refiere el artículo.

En este aspecto, la ANDI recomienda aprovechar esta oportunidad para establecer la obligación del Gobierno nacional de regular adecuadamente la certificación de discapacidad.

En la actualidad no existe legislación sobre las entidades competentes para certificar la condición de discapacidad de un trabajador o los criterios a partir de los cuales se debe calificar esta discapacidad, entre otros.

Regular los aspectos mencionados permite brindar claridad y seguridad a la determinación de discapacidad, aspecto importante para lograr la inclusión laboral de estas personas. Un mecanismo seguro y confiable de certificación evita abusos del derecho que puedan desprestigiar la figura, reduciendo los riesgos de su aplicación para empleados y empleadores. De la misma manera, podrá dar certeza sobre las condiciones que deben regir una relación laboral y las obligaciones particulares que deben asumir un trabajador y un empleador en el lugar de trabajo.

Por lo anterior, para lograr la inclusión laboral de personas en condición de discapacidad, tam-

bién es recomendable establecer una regulación clara sobre la certificación de la discapacidad.

III. Conclusión

Por lo expuesto, la ANDI solicita respetuosamente, aprobar el proyecto de ley, estableciendo que el Gobierno nacional deberá reglamentar la certificación de la discapacidad de una persona.

Cordialmente,



ALBERTO ECHAVARRÍA SALDARRIAGA
Vicepresidente de Asuntos Jurídicos

COMISIÓN SÉPTIMA CONSTITUCIONAL PERMANENTE DEL HONORABLE SENADO DE LA REPÚBLICA

Bogotá, D. C., a los veintisiete (27) días del mes de octubre del año dos mil quince (2015).

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

Comentarios de: Asociación Nacional de Empresarios de Colombia ANDI.

Refrendado por: Alberto Echavarría Saldarriaga, Vicepresidente de Asuntos Jurídicos.

Al Proyecto de ley número 18 de 2015 Senado.

Título del proyecto: *por la cual se promueve el acceso al trabajo para personas con discapacidad y se dictan otras disposiciones.*

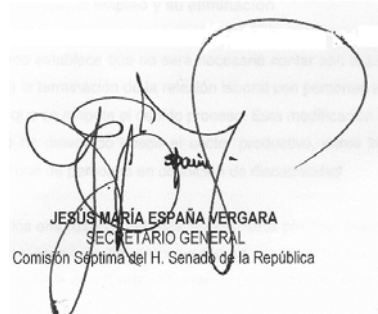
Número de folios: Dos (2).

Recibido en la Secretaría de la Comisión Séptima del Senado el día: martes veintisiete (27) de octubre de 2015.

Hora: 10:30 p. m.

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

El Secretario,



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

² Ibidem.

**CARTA DE COMENTARIOS DE LA ANDI
AL PROYECTO DE ELY NÚMERO 99
DE 2014 SENADO**

ANDI

DOCUMENTO

**Código Nacional de Policía y Convivencia
(Proyecto de ley número 99 de 2014 Senado)**

**Comentarios a la Ponencia para Segundo
Debate ante la Plenaria del Senado de la Re-
pública**

La Asociación Nacional de Empresarios de Colombia, ANDI, inspirada en el bien común, en la democracia participativa y en la búsqueda del mayor desarrollo y beneficio social para los colombianos, se permite presentar sus opiniones con respecto del proyecto de ley de referencia.

A. Sobre el Título VIII, de la Actividad Económica

La ANDI comparte las observaciones formuladas, entre otros, por el Consejo Superior de Política Criminal y por las senadoras Viviane Morales Hoyos y Claudia López Hernández, y que hacen referencia a la vulneración de principios como el de legalidad y el de *non bis in idem* por parte de varios artículos del proyecto de ley.

Tales observaciones aplican a una buena parte de las normas del Título VIII del proyecto de ley (artículos 82 a 93), y que tratan sobre la actividad económica.

Algunas disposiciones podrían afectar negativamente el Principio de Legalidad, contraviniendo lo dispuesto por la Constitución en su artículo 84, según el cual, derecho o actividad haya sido reglamentado de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio. Así, a manera de ejemplo, es posible citar la ausencia de precisión en las amplias atribuciones de los alcaldes para fijar los horarios de ejercicio de las actividades económicas (párrafo del artículo 82) y para establecer el perímetro de impacto de algunas actividades económicas (artículo 83).

Particularmente, la atribución para establecer el perímetro de impacto de algunas actividades económicas podría generar, en el caso de ventas de bebidas alcohólicas un muy grave e injustificado impacto económico, en la medida que ya existen normas como la Ley 124 de 1994 que prohíben el expendio de bebidas embriagantes a menores de edad.

Por su parte, en cuanto a la posible vulneración del Principio del *Non Bis in Idem*, no debe olvidarse que materias como la protección al

consumidor (artículo 91) que ya cuentan con una regulación extensa, que incluye tanto la imposición de medidas preventivas y de sanciones como el procedimiento aplicable. De esta manera, se arriesgaría que una misma conducta diera lugar a las medidas correctivas del Código de Policía y Convivencia y a las medidas preventivas y sanciones propias del Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011).

Asimismo, es preciso alertar sobre algunas disposiciones que no parecen guardar una relación clara con el objeto del proyecto de ley. De esta manera, obligaciones como el reporte de las modificaciones en matrículas mercantiles en cabeza de las Cámaras de Comercio (artículo 84), o facultar a las autoridades de policía para que soliciten la exhibición de la factura de compra de la materia prima utilizada cuando un bien sea elaborado por el vendedor (artículo 86); o exigir póliza de responsabilidad civil extracontractual para el funcionamiento de los parqueaderos (artículo 88), no muestran una relación clara con la convivencia entre los ciudadanos en el territorio.

Finalmente, se considera el artículo 85 sobre requisitos para cumplir actividades económicas, como una disposición innecesaria, toda vez que está reglada en el artículo 47 del Decreto-ley 2150 de 1995 que establece los permisos y requisitos de funcionamiento para los establecimientos comerciales e industriales, así como la Ley 232 de 1995, que regula el funcionamiento de establecimientos comerciales.

B. Sobre el Título IX, del Ambiente

En la actualidad, Colombia cuenta con una detallada legislación en materia ambiental. En particular, la Ley 1333 de 2009 regula las medidas preventivas, sanciones y procedimientos a seguir para la imposición de unas y otras.

Particularmente, las funciones planteadas en el artículo 4° de esta ley, coinciden con los objetivos generales y específicos, contenidos en los artículos 1° y 2° del proyecto de ley. Por ello, es posible concluir que los objetivos que busca el proyecto de ley en materia ambiental, se encuentran cubiertos por una ley existente.

Lo anterior, resulta claro para todo el Título IX del proyecto de ley (artículos 94 a 101), situación que se evidencia por las múltiples remisiones que allí se hacen. Así a manera de ejemplo, la conservación, usos y calidad del agua (artículo 98) está reglada en el Decreto número 3930 de 2010, como también lo está la calidad del aire (artículo 100) a través del Decreto número 948 de 1995, que establece el Reglamento de Protección y Control de la Calidad del aire, la Resolución número 909 de 2008, sobre normas y estándares de emisiones admisibles de contaminación

a la atmósfera por fuentes fijas, y la Resolución número 627 de 2006, sobre emisión de ruido y ruido ambiental.

C. Sobre el Título X, de la Minería

Lo ya dicho en relación con los títulos VIII sobre Actividad Económica y IX sobre Ambiente del proyecto de ley, también aplica al Título X, relativo a la Minería. Los artículos 102 a 109 tratan sobre puntos ya contemplados en otras leyes, lo que podría dar lugar a confusiones y discusiones estériles sobre la ley aplicable.

D. Sobre el artículo 111, los comportamientos que atentan contra la Salud Pública en materia de Consumo

Los requisitos para la elaboración y expendio de alimentos, como fue indicado antes, están previstos en el Código Sanitario (Ley 9ª de 1979) y sus disposiciones reglamentarias. En ese cuerpo normativo también aparecen las medidas sanitarias de seguridad, las sanciones y los procedimientos. En el caso concreto de la carne, los productos cárnicos comestibles y derivados cárnicos, destinados para el consumo humano, está el Decreto número 1500 de 2007.

El control, inspección y vigilancia de estas disposiciones corresponde, como resalta el artículo 110 del proyecto de ley, a las Secretarías de Salud de las entidades territoriales y el Instituto Nacional de Vigilancia de Alimentos y Medicamentos (Invima), son las encargadas de ejercer las facultades.

Por ello, el artículo 111 del proyecto de ley podría dar lugar a debates sobre la ley aplicable y generar confusiones sobre su aplicación.

E. Conclusión

Con base en lo anterior, la ANDI estima que el Proyecto de ley número 099 Senado de 2014 requiere de una revisión sustancial.

En desarrollo de lo anterior y con el propósito de que el proyecto de ley no genere incertidumbre jurídica, sería recomendable suprimir los Títulos VIII (artículos 82 a 93), IX (artículos 94 a 101) y X (artículos 102 a 109), al igual que el artículo 111.

Cordialmente,



ALBERTO ECHAVARRÍA SALDARRIAGA
Vicepresidente de Asuntos Jurídicos

CONTENIDO

Gaceta número 858 - Miércoles, 28 de octubre de 2015

SENADO DE LA REPÚBLICA		
CONCEPTOS JURÍDICOS		Págs.
Conceptos jurídico del Ministerio de Salud y Protección Social al Proyecto de ley número 79 de 2015 Senado, por medio de la cual se generan disposiciones frente al consumo y distribución de bebidas energéticas y se dictan otras disposiciones.....	1	
Concepto jurídico del Ministerio de Trabajo al Proyecto de ley número 23 de 2015 Senado, por medio de la cual se adiciona un párrafo al artículo 51 de la Ley 100 de 1993	10	
CARTAS DE COMENTARIOS		
Carta de comentarios de Andí al Proyecto de ley número 18 de 2015 Senado	13	
Carta de comentarios de la Andí al Proyecto de ley número 99 de 2014 Senado	15	