



FACULTAD DE DERECHO
Y CIENCIAS POLÍTICAS

Universidad de **Nariño**
FUNDADA EN 1904



Roberto Santa-Cruz Moncayo

Revista Científica
CODEX

Vol. 8 N° 15 Año 2022
ISSN: 2463-1558
ISSN-E: 2463-2031



Universidad de **Nariño**

FUNDADA EN 1904

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Revista Científica
CODEX

Volumen 8 N° 15 - 2022

ISSN: 2463-1558

ISSN-E: 2463-2031

Revista Científica CODEX

Volumen 8 N° 15 Año 2022

MARTHA SOFÍA GONZÁLEZ INSUASTI

Rectora Universidad de Nariño

JORGE FERNANDO NAVIA ESTRADA

Vicerrector Académico

DIRECTOR - EDITOR

LEONARDO A. ENRÍQUEZ MARTÍNEZ

Decano de la Facultad de Derecho
y Ciencias Políticas

**DIRECTOR CENTRO DE INVESTIGACIONES Y
ESTUDIOS SOCIOJURÍDICOS - CIESJU**

CRISTHIAN ALEXANDER PEREIRA OTERO

**DIRECTORA GRUPO DEJURE
Derecho, Justicia y Región**

ISABEL GOYES MORENO

Doctora en Ciencias de la Educación, Universidad de Nariño - Rudecolombia. Magíster en Derecho Universidad Nacional, Magíster en Dirección Universitaria, Universidad de los Andes, Magíster en Educación, Universidad Pedagógica Nacional. Abogada y docente de tiempo completo de la Universidad de Nariño.

**DIRECTOR GRUPO CEJA
Centro de Estudios Jurídicos Avanzados**

OMAR ALFONSO CÁRDENAS CAYCEDO

Magíster en Derecho Comercial y Especialista en Derecho Procesal Civil de la Universidad Externado de Colombia. Candidato a Doctor en Derecho - UC3M. Docente de pregrado y Postgrado de Derecho.

COMITÉ EDITORIAL

MIEMBROS EXTERNOS:

ALEJANDRO SÁNCHEZ CERÓN

Abogado y especialista en Derecho Administrativo de la Universidad de Nariño, y especialista en Instituciones Jurídico Procesales de la Universidad Nacional. Doctor en Derecho por la Universidad Externado. Se ha desempeñado como docente universitario en más de ocho Universidades en posgrados y ha publicado múltiples artículos y textos. Actualmente ejerce como litigante en asuntos penales y conjuez de la sala penal en la Corte Suprema de Justicia. Docente Invitado de la Universidad de Nariño.

DIEGO ARMANDO YÁÑEZ MEZA

Investigador, docente universitario en pregrado y posgrado, litigante en materia de derecho administrativo y constitucional. Director de la Revista Academia & Derecho, indexada por Colciencias. Miembro activo del Instituto Colombiano de Derecho Procesal ICDP y el Centro Colombiano de Derecho Procesal Constitucional CCDPC.

JUAN JOSÉ RASTROLLO SUÁREZ

Profesor Titular de Universidad de Derecho Administrativo en la Universidad de Salamanca. Doctor Europeus (Universidad de Salamanca/ Universidad de Coimbra) en Derecho y Premio Extraordinario de Grado y Doctorado.

GAMAL MOHAMMAND ATSHAN RUBIANO

Candidato a Doctor en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia, Magíster en Derecho Universidad Nacional de Colombia, Especialista en Derecho Financiero, Cambiario y Bursátil; Derecho Procesal y Derecho Probatorio de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Especialista en Derecho Comercial de la Universidad de los Andes.

MIEMBROS INTERNOS

JUAN CARLOS LAGOS MORA

Doctor en Ciencias de la Educación. Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño.

MANUEL ANTONIO CORAL PABÓN

Magíster en Derecho y candidato a Doctor en Derecho de la Universidad Santo Tomás. Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño.

OMAR ALFONSO CÁRDENAS CAYCEDO

Magíster en Derecho Comercial y Especialista en Derecho Procesal Civil de la Universidad Externado de Colombia. Candidato a Doctor en Derecho - UC3M. Docente de pregrado y Postgrado de Derecho.

CRISTHIAN ALEXANDER PEREIRA OTERO

Magíster en Derecho Público. Magíster en Derecho Administrativo. Especialista en Derecho Constitucional. Especialista en Derecho Contencioso Administrativo. Título de Especialista en Justicia Constitucional, Interpretación y Tutela de los Derechos Fundamentales, Universidad Castilla de la Mancha (España). Diploma de formación Específica en Postgrado en Fundamentos de Derecho Público Global, Universidad de la Coruña (España).

COMITÉ CIENTÍFICO

MIEMBROS EXTERNOS

GUSTAVO GARCÍA BRITO

Director del área de comercio exterior del Bufete Corral Rosales y Docente de la Universidad Andina Simón Bolívar en Quito, Ecuador. Magíster en Derecho Internacional Económico de la Universidad Andina Simón Bolívar. Ex secretario del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

LUIS ANDRÉS CUCARELLA GALIANA

Catedrático de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia (España). Premio extraordinario de licenciatura. Doctor en Derecho por la Universidad de Bolonia (Italia), y por la Universidad de Valencia. Premio extraordinario de doctorado. Profesor especializado en Derecho Procesal Civil, Derecho Procesal Penal y Derecho Procesal Constitucional.

ROBERTO MOLINA PALACIOS

Docente de la Universidad Nacional de Colombia. Magíster en Derecho de la Universidad Externado de Colombia.

SAMIR BONNET

Docente de la Universidad Libre Seccional Cúcuta. Especialista en Derecho Laboral. Doctor en Derecho. Miembro de los Institutos Colombiano e Iberoamericano de Derecho Procesal. Miembro del Colegio de Abogados Especializados en Derecho del Trabajo y Seguridad Social de Colombia. Árbitro de la lista de la Corte Suprema de Justicia para tribunales arbitrales obligatorios en materia laboral. Asesor y litigante en Derecho del Trabajo y Seguridad Social.

MONITORA

ISABEL RAMÍREZ VILLOTA

Estudiante de la Facultad de Derecho Universidad de Nariño.

APOYO

GRAFICOLOR PASTO SAS

Aura C. Torres B.

Juan Pablo Rosero Gomajoa

Leidy Valentina Pérez Tatalchá

Luis Alejandro Muñoz Bolaños

FILIACIÓN INSTITUCIONAL

Universidad de Nariño

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Calle 18 Cr. 50. Ciudadela Universitaria

Torobajo, Bloque D,

Facultad de Derecho

<http://derecho.udenar.edu.co>

email: derecho@udenar.edu.co

Página web revista:

<http://revistas.udenar.edu.co/index.php/codex>

email revista: rcodex@udenar.edu.co

Teléfono: (+57) 602 7315438

Vol. 8 N° 15. Año 2022

Portada

Homenaje al Maestro

ROBERTO SANTA-CRUZ MONCAYO

Fotografía: Archivo familiar

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
GRUPO DE INVESTIGACIÓN - CEJA
CENTRO DE ESTUDIOS JURÍDICOS AVANZADOS**

UNIVERSIDAD DE NARIÑO

DEFINICIÓN DE LA REVISTA

La revista científica CODEX de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño, es un medio de divulgación del conocimiento, la investigación, la proyección social y el saber jurídico y socio jurídico. Su objetivo esencial es la publicación de resultados de investigación, generando espacios de debate con un enfoque crítico social sobre temas de relevancia jurídica.

La revista se publica con una periodicidad declarada SEMESTRAL, con artículos presentados en español, inglés y francés. La revista CODEX se divulgará en físico y en versión electrónica.

ISSN: 2463 - 1558
ISSN-E: 2463 - 2031

Lugar de edición: San Juan de Pasto,
Departamento de Nariño,
República de Colombia.

ENTIDAD EDITORA

Universidad de Nariño Facultad de Derecho y Ciencias Políticas Grupo CEJA - Centro de Estudios Jurídicos Avanzados.

Página web: www.udenar.edu.co
derecho.udenar.edu.co

VERSIÓN ELECTRÓNICA

<http://revistas.udenar.edu.co/index.php/codex>

**DIRECCIÓN POSTAL Y CORREO
ELECTRÓNICO**

Calle 18 Carrera 50, Universidad de Nariño, Ciudadela Universitaria Torobajo, Bloque D, Facultad de Derecho, de la ciudad de San Juan de Pasto, Departamento de Nariño, República de Colombia.

Correo electrónico:

rcodex@udenar.edu.co

Nota sobre las direcciones: La dirección postal y el correo electrónico corresponden al contacto de la administración de la revista, pudiendo dirigirse a éstas para efectos de solicitud de suscripciones, canjes, envío de trabajos, acciones de seguimiento, entre otras.

SISTEMA DE ARBITRAJE

Los artículos se someten al proceso de arbitraje con dos pares externos a la entidad editora, bajo el sistema de doble ciego. Los árbitros otorgan calificación numérica a los ítems exigidos y clasifican los más altos puntajes. Posteriormente el Comité Editorial revisa la calidad científica, la pertinencia del artículo y selecciona los artículos a publicar. El procedimiento se explica en el instructivo para autores.

BUENAS PRÁCTICAS EDITORIALES

La revista CODEX acoge los estándares internacionalmente aceptados en materia de publicación científica. Por lo tanto, la revista CODEX adopta en su proceso las directrices fijadas en la 2nd World Conference on Research Integrity realizada en Singapur, en julio de 2010. En consecuencia, recomienda a los autores su revisión.

Las directrices pueden consultarse en:
http://publicationethics.org/files/International%20standard_editors_for%20website_11_Nov_2011.pdf

CANJE/EXCHANGE/ÉCHANGE

Solicitamos canje. We request Exchange. Nous sollicitons échange.

Email: rcodex@udenar.edu.co y en la dirección postal.

CONTENIDO

EDITORIAL. HOMENAJE A ROBERTO SANTA-CRUZ MONCAYO 9

Iván Fernando Zarama Concha

EXIGIBILIDAD JUDICIAL DE LOS DERECHOS LABORALES DE LOS
TRABAJADORES DOMICILIARIOS DENTRO DE LAS PLATAFORMAS
DIGITALES 11

Rodrigo Estupiñán

DIFUSIÓN DE LA IMPORTANCIA DE LOS LÍDERES SOCIALES Y LOS
DEFENSORES DE DERECHOS HUMANOS EN COLOMBIA, A TRAVÉS DE LAS
REDES SOCIALES USADAS POR ADULTOS MAYORES EN EL AÑO 2021 42

Byron David Bravo Ceballos

LOS CUIDADOS PRIMARIOS DE FAMILIARES DEPENDIENTES COMO
GENERADORES DE DERECHOS Y GARANTÍAS PARA TRABAJADORES EN
COLOMBIA 68

Deissy Gabriela Martínez Cuarán

LA IMPORTANCIA DE LA MARCA Y EL REGISTRO MARCARIO EN
LA IDENTIFICACIÓN, DELIMITACIÓN Y PREVENCIÓN DE ACTOS
DE COMPETENCIA DESLEAL: ESTUDIO JURISPRUDENCIAL DE LAS
DECISIONES DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA 101

Diana Carolina Narváez Santacruz

LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE TRABAJO IGUAL, SALARIO IGUAL
EN EL SERVICIO SOCIAL OBLIGATORIO EN ENTIDADES ESTATALES EN
COLOMBIA 127

Andrés Alfonso Benítez Caicedo

LA PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL
BAJO PARÁMETROS NORMATIVOS ESTANDARIZANTES..... 145
Andrés Felipe Vallejos Reyes

ÍNDICE DE AUTORES..... 164

COMITÉ DE ARBITRAJE CIENTÍFICO PARA ESTE NÚMERO 166

INSTRUCCIONES PARA AUTORES..... 169

MANUAL DE CITAS Y REFERENCIAS 176

SUSCRIPCIÓN VERSIÓN ELECTRÓNICA 182

CUPÓN DE SUSCRIPCIÓN VERSIÓN FÍSICA..... 183

EDITORIAL

HOMENAJE A ROBERTO SANTA-CRUZ MONCAYO

Es un gran acierto la decisión de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño, hacer reconocimiento de sus profesores insignes e ilustres, y hacerlo en vida de los homenajeados, tal es el caso del doctor ROBERTO SANTA-CRUZ MONCAYO.

De mi parte, es un honor, que se acrecienta por el afecto y gratitud que le profeso al doctor Roberto, poder hacer la presentación del tomo dedicado a este hombre, amante de la profesión de abogado, juez intachable, exigente profesor, sobre cuyas bases, se cimentaron juristas que hoy honran a su profesión y a la judicatura a lo largo de nuestro territorio patrio.

Tuvo la amabilidad la familia Santa-Cruz Mesías de abrirme las puertas de su casa siendo yo muy niño, gracias a la amistad que desde siempre cultivamos con mi hoy hermano escogido, Iván, con Liliana y Mario Andrés Santa-Cruz Mesías. Allí Martha, la abnegada esposa y madre, me llenó de cariño e inmerecidas atenciones.

Gracias a esa amabilidad puedo decir que conozco al doctor Roberto como ser humano, más allá del rigor de sus sentencias, de la rigidez y disciplina de sus clases y de su aparente temperamento fuerte.

Roberto Santa-Cruz Moncayo nace el 9 de abril de 1939, en el hogar conformado por el señor Hernando Santa-Cruz Jurado y la señora María del Carmen Moncayo Guerrero, miembros ilustres de la sociedad nariñense.

A los veintiséis años y sin ser aún abogado, ingresa al servicio de la judicatura, en el mes de octubre de 1965; siendo empleado de la Rama Judicial, inicia sus estudios en Derecho, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño, obteniendo el título de abogado el 28 de mayo de 1975.

Ocupa los cargos de Juez Municipal en los municipios de Consacá, Córdoba, Juez de Instrucción Ambulante en los municipios de Pasto e Ipiales, de donde pasa a ocupar el cargo de Juez Tercero Civil del Circuito de Pasto, para ascender a la Magistratura, en la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, a partir del 1 de octubre de 1989, permaneciendo en el cargo, hasta la fecha de su retiro el 31 de marzo de 2004.

Fue docente de las Facultades de Derecho de la Universidad Mariana, Universidad Cooperativa de Colombia y especialmente en la Universidad de Nariño donde regentó, desde 1982 hasta 1993, cátedras como Derecho Agrario, Legislación Ecológica, Derecho Procesal Laboral, Práctica de Derecho Privado, Derecho Probatorio, Derecho Internacional Privado y Derecho Procesal Civil Especial.

El doctor Roberto es un ser humano en extremo sensible, amante de la buena música, dedicado lector y apasionado estudiante. Como dije en un principio, enamorado del derecho. Es tal vez ese amor por el derecho y la justicia, que le tornaba intransigente en sus clases, pues siempre comprendió y quiso transmitir que el derecho se aprende, se ejerce y se enseña con rigor y disciplina.

Gracias distinguido doctor Roberto por lo que ha legado a la judicatura de Nariño, pero ante todo, gracias por el caballero transparente que siempre vi en usted y porque verlo actuar, me sirvió para enamorarme del derecho e intentar seguir, aunque torpemente, los pasos que dejó en este empinado camino, que es el ejercicio de la profesión de abogado.

Iván Fernando Zarama Concha

Docente tiempo completo

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Universidad de Nariño

EXIGIBILIDAD JUDICIAL DE LOS DERECHOS LABORALES DE LOS TRABAJADORES DOMICILIARIOS DENTRO DE LAS PLATAFORMAS DIGITALES

Rodrigo Estupiñán¹

Fecha de recepción: 27 de junio de 2022

Fecha de aceptación: 9 de septiembre de 2022

Referencia: Estupiñán, R. (2022). Exigibilidad judicial de los derechos laborales de los trabajadores domiciliarios dentro de las plataformas digitales. *Revista Científica Codex*, 8(15), 11-41.

RESUMEN

La *uberización* del trabajo se presenta como la figura de precarización laboral que refleja el desconocimiento de derechos laborales, prestaciones sociales, asistenciales y económicos por parte de aparentes verdaderos empleadores como lo son las plataformas digitales como Rappi frente a los trabajadores domiciliarios, de quienes se pretende establecer si prestan un servicio de manera personal, subordinado y remunerado, en el que se niega la existencia de un contrato de trabajo, en cuyo caso, ante el vacío legislativo frente a la regulación de este tipo de controversias, se identificarán los elementos que permitan el reconocimiento de la existencia del contrato realidad y su exigibilidad frente a la jurisdicción ordinaria laboral a través del análisis de la doctrina y normativa internacional en materia de precarización, plataformas digitales y su relación con el derecho del trabajo.

Por último, se plantea la aplicación del Instrumento de Seguridad y Salud en el Trabajo de la Comunidad Andina de Naciones y la figura de la solidaridad patronal como las herramientas de interpretación que se

1. Abogado, egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas Universidad de Nariño.

pueden invocar frente al juez de conocimiento que permitan la garantía en la efectivización de los derechos laborales de los trabajadores domiciliarios en las plataformas digitales.

Palabras clave: *Uberización*, Rappi, plataformas digitales, derechos laborales, Comunidad Andina de Naciones.

ABSTRACT

The *Uberization* of work is presented as the figure of job insecurity that reflects the ignorance of labor rights, social, assistance and economic benefits by apparent true employers as digital platforms such as Rappi against home workers, of whom it is intended establish if they provide a service in a personal, subordinate and remunerated manner, in which the existence of an employment contract is denied, in which case, given the legislative vacuum regarding the regulation of this type of controversy, the elements that allow de recognition of the existence of the reality contract and it is enforceability before the ordinary labor jurisdiction through the analysis of the doctrine and international regulations on precariousness, digital platforms and their relationship with labor law.

Finally, the application of the Safety and Health at Work Instrument of Andean Community of Nations and the figure of employer solidarity are proposed as the tools of interpretation that can be invoked before the judge of knowledge that allow the guarantee in the effectuation of the labor rights of home workers on digital platforms.

Keywords: *Uberizacion*, Rappi, digital platforms, laboral rights, Andean Community of Nations.

INTRODUCCIÓN

La inteligencia artificial como parte fundamental de la evolución de los tiempos modernos no solo es aplicada en el desarrollo de nuevos instrumentos u objetos tecnológicos, sino que también ha involucrado su utilización induciendo patrones de comportamiento de la vida cotidiana por parte de las empresas que las crean, por ejemplo, los pasatiempos, los negocios, la educación y entre muchos otros la oferta y demanda de bienes y servicios. Lo anterior, aunado a la pandemia por COVID-19, la cual generó cambios en la forma de establecer las relaciones interpersonales entre ellas las laborales y de satisfacer necesidades básicas, potenció

significativamente el mercado alrededor de las plataformas digitales de suministro de todo tipo de productos y fuerzas de trabajo que estaban al alcance de las aplicaciones móviles y que podían ser llevados hasta la puerta de casa sin necesidad de salir de ella (Granados, 2022).

Es por ello que plataformas digitales como las de Rappi y similares, encontraron casi, a nivel mundial, el respaldo del mercado en cuanto a la necesidad de provisionamiento de bienes y servicios que actualmente, ya habiendo superado parte de las limitaciones generadas por la pandemia, se volvieron la modalidad cotidiana de adquirirlos.

Si bien Rappi instaló su modalidad de negocio en Colombia en el año 2015, bajo la explotación del mercado en la modalidad de domicilios en los que se puede adquirir cualquier cantidad de bienes y servicios que deben ser entregados por un domiciliario a la dirección estipulada por el consumidor final a través de una aplicación móvil, no fue sino hasta el año 2019 que se vislumbró su posicionamiento en el mercado con un crecimiento exponencial de la demanda del servicio que ofrece. No obstante, de la que parece haber sido una alternativa óptima para suplir las barreras de la movilidad y para las empresas, de dirigir sus productos a muchas más localidades, se generó una gran afectación al capital más importante y generador del éxito de los aplicativos digitales, esto es, el capital humano representado a través de los trabajadores domiciliarios (Aldana et al., 2022).

El presente artículo se plantea entonces, analizar el encubrimiento de relaciones laborales que implican desprotección en las garantías legales e internacionales del trabajador tales como salarios, prestaciones sociales y la no cobertura de las contingencias propias de las labores dentro del Sistema de Riesgos Laborales, Salud y Pensiones de los trabajadores domiciliarios y que encuentran en la doctrina el respaldo argumentativo teniendo en cuenta circunstancias de modo, tiempo y lugar para el eventual reconocimiento del contrato de trabajo a través de la jurisdicción nacional.

Resulta interesante abordar la óptica del trabajador domiciliario dentro de las plataformas digitales en el ámbito de la Seguridad y Salud en el trabajo, pues en sí mismos, los medios de transporte utilizados para llevar a cabo las actividades remuneradas a través de la plataforma digital representan un riesgo inminente frente a la consecución de contingencias en razón al alto índice de accidentalidad y vulnerabilidad que representan los vehículos como motocicletas y bicicletas, comunes entre los trabajadores

domiciliarios como los *rappitenderos* y en ese mismo sentido, proclives a ocasionar siniestros de gravedad en lesiones y en muchas otras, de muerte. Lo anterior, trasgrede no solo el ámbito de la relación jurídica que envuelve la relación plataforma digital-trabajador domiciliario pues le adjudica a este último sobrellevar los siniestros con recursos propios, sino que también involucra el aparato estatal en cuanto al desgaste del Sistema General de Seguridad Social, teniendo en cuenta que al posiblemente estarse encubriendo verdaderas relaciones laborales que deberían generar aportes dentro del Régimen Contributivo en Salud, lo que está sucediendo es que la carga económica para asumir las contingencias derivadas de esta clase de riesgos y que generen atenciones y procedimientos médicos, lo asume el Estado a través del Régimen Subsidiado en Salud generando un claro desfinanciamiento del sistema.

La omisión de las plataformas digitales también gira en torno al cumplimiento de la normativa dentro del Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo, y frente a ello surge una posibilidad que la doctrina no ha contemplado como mecanismo de exigibilidad efectiva del reconocimiento de las prestaciones asistenciales y económicas ante los jueces laborales: la aplicación del Instrumento de Seguridad y Salud en el Trabajo de la Comunidad Andina de Naciones que no involucra la discusión en torno a los elementos que configuran una relación laboral de las que trata el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, sino en el concepto andino de trabajador y de la solidaridad laboral y que eventualmente, lograría también el reconocimiento de los derechos laborales inherentes al vínculo laboral diferentes a los que se ocasionen en accidentes de trabajo o enfermedades laborales.

Es así como en un primer lugar se hará alusión a la figura de la *uberización* como una realidad paralela a las verdaderas relaciones laborales y el menoscabo de derechos laborales a través de esta modalidad de precarización laboral, continuando con las plataformas digitales y su desenvolvimiento dentro del negocio de reparto domiciliario, entendiendo la relación directa de los algoritmos de empresas como Rappi y los *rappitenderos*, su forma de vinculación, el *modus operandi* de la recepción, aceptación y entrega de pedidos y a partir de aquí, identificar los elementos constitutivos de una relación laboral entre las plataformas digitales y los trabajadores domiciliarios, los riesgos derivados de la omisión de afiliación al Sistema General de Seguridad Social en el cubrimiento de

las contingencias derivadas de la labor propia de los *rappitenderos* y las prestaciones económicas y asistenciales a las que se tiene derecho en virtud de la existencia de un contrato de trabajo en aplicación del principio de primacía de la realidad.

En último lugar, habiendo entendido que existe un verdadero vínculo laboral entre las plataformas digitales y las personas quienes prestan de manera personal y subordinada sus servicios como domiciliarios, se plantea la dificultad que conllevaría el reconocimiento y pago de los derechos laborales y prestaciones económicas y asistenciales ante la jurisdicción ordinaria laboral en Colombia como consecuencia de la no legislación frente a las situaciones de las plataformas digitales en materia laboral; no obstante se sugiere la alternativa de acudir a la aplicación normativa del Instrumento de Seguridad y Salud desarrollado en la Decisión 584 de la Comunidad Andina de Naciones bajo el concepto amplio de trabajador que se plantea y la aplicación de la figura de la solidaridad laboral como argumentos de efectivización y exigibilidad del reconocimiento y pago de todos los derechos laborales ante el juez laboral.

1. LA UBERIZACIÓN DEL TRABAJO Y SU IMPLICACIÓN EN LOS DERECHOS LABORALES

La realidad laboral colombiana y su desenvolvimiento a través de las tecnologías de la información y los espacios digitales, ha sido una adaptación frente a las necesidades que se han venido generando a raíz del cambio en los usos y costumbres modernos y que, de manera paulatina, se ha asentado como una de las principales modalidades de prestar los servicios personales y la explotación del objeto social de las empresas que no requieran de la presencialidad como un factor determinante para la consecución de los objetivos y labores por cumplir (Portafolio, 2022). Como respuesta a ello se han regulado, a través de la legislación, modalidades de trabajo no presenciales tales como el teletrabajo y el trabajo en casa que día a día se van convirtiendo en la nueva normalidad laboral (Canal Institucional, 2022).

Ahora bien, a raíz de la pandemia de COVID-19, el cambio gradual en las formas de satisfacer bienes y servicios del que se habló con anterioridad, tuvo que dar pasos agigantados, teniendo en cuenta la limitación de establecer contacto personal para la celebración de negocios y adquisición de productos y que obligó tanto a las empresas que ya contaban con

una planeación, proyección y producción estimada en cuanto al plan de mercado para el año 2019, así como también los trabajadores dependientes, independientes e informales que encontraban en el contacto con el cliente su forma de vender fuerza laboral y que no podían permitirse dejar de ejercer sus profesiones y la prestación de sus servicios durante la pandemia, a cambiar de mentalidad y de los métodos de negocio e idear a través de las tecnologías de la información mecanismos que les permitieran satisfacer las necesidades de sus destinatarios y las propias y que se adaptaran a las nuevas cotidianidades. Frente a ello, entre el común acuerdo del mercado y los comportamientos sociales, se introdujo una nueva forma de sobrellevar el día a día a través de la utilización de *apps* o plataformas digitales como uno de los principales canales de comunicación de oferta y demanda de bienes y servicios para la satisfacción de necesidades básicas y la modernización de todo tipo de profesiones y quehaceres a través de estos medios (Portafolio, 2022).

El crecimiento exponencial del uso de las plataformas digitales para la obtención de insumos que le permitan al usuario quedarse en casa, logró que las empresas dedicadas a prestar sus servicios de envíos y domicilios, aumenten su demanda y, en consecuencia, incrementaron su posicionamiento en el mercado lo que les permite adoptar un rol de estatus y de poder frente a las políticas y condiciones que adoptan dentro de sus algoritmos con el fin de seguirse expandiendo (Barona, 2022). Dicho posicionamiento y el reconocimiento de marca generan en dichas plataformas digitales actitudes transgresoras de competencia frente a otras empresas con el mismo objeto de mercado y aún más preocupante, frente a los trabajadores domiciliarios y personas vinculadas a través de sus aplicaciones quienes son parte fundamental de que el algoritmo pueda cumplir con la satisfacción de consumo del destinatario final y que pueden ver menoscabados sus derechos laborales, tales como salarios dignos, descanso, trabajo suplementario y el reconocimiento pleno de una relación laboral.

Los trabajadores o las personas quienes prestan sus servicios de acuerdo a lo que les indican este tipo de aplicaciones o plataformas digitales en donde no se tiene un contacto directo con un empleador visible, bien sea persona jurídica o natural, sino que su interacción, se desarrolla en la modalidad meramente virtual a través de la consecución de pasos dentro de un algoritmo, se han visto desprotegidos en cuanto a derechos laborales

y de seguridad social y que en muchos países, no cuentan con el respaldo legislativo laboral ni mucho menos con garantías de manera directa con las empresas propietarias de estas plataformas digitales.

En este sentido, ha surgido el neologismo *uberización* que toma como base el sistema de transporte denominado Uber para referirse a las relaciones laborales que utilizan plataformas y aplicaciones digitales y tiende a asociarse con fenómenos como el de la precarización del trabajo, entendiéndolo como el formal y asalariado cuyas consignas y derechos que históricamente se fueron adquiriendo, se han ido diluyendo en el entendido de que la independencia de fuerza de trabajo ha disfrazado verdaderas relaciones laborales (Lucero, 2019).

Frente a lo anterior, advierte Lucero (2019) que existe un retroceso evidente en situaciones tales como cuando el trabajador que presta sus servicios para las plataformas digitales deja de percibir una remuneración a raíz de un accidente y que al no estar vinculado dentro del mercado laboral formal, se convierte en una forma de flexibilizar también la seguridad social e impide la sindicalización para la exigencia de garantías.

La *uberización* del trabajo en un contexto durante y después de la pandemia, trae consigo una idea de explotación que encuentra su fundamento en el control algorítmico, la tercerización, informalidad y precarización, ideando formas novedosas de hacer efectivas relaciones contractuales que excluyan la obligación de someterse a las legislaciones de protección laboral, lo que sitúa al mercado laboral en prácticas pretéritas en donde había largas jornadas laborales sin descanso semanal, salarios supremamente irrisorios y trabajadores sin derechos sociales y significa un acrecimiento en la informalidad y en el uso desmesurado de la modalidad de trabajadores autónomos e independientes que desvían las cargas económicas de verdaderos empleadores (Marrero, 2021).

Así las cosas, la *uberización* se define como el proceso en el que al trabajador se lo despoja de derechos, garantías y protección frente a contingencias derivadas de su labor y asume en sí mismo dichos riesgos y los costos de su actividad, medio en el cual las relaciones sociales de trabajo se prestan como si fuesen vinculaciones de prestación de servicios ocultando la relación de asalariamiento y de explotación laboral (Salvagni y Da Silva, 2021).

La *uberización* trasciende a la empresa Uber y al transporte de personas o mercancías en el sentido de que esta modalidad de trabajo involucra a todas las labores en donde las plataformas digitales conectan mediante aplicaciones a los trabajadores con el cliente y que se traduce como el resultado de la centralización de las cadenas productivas y el desarrollo tecnológico, que bajo la idea de liberalización de los flujos de inversión conlleva a nuevas formas de organización y control del proceso del trabajo a través de la ocupación y uso de datos que representan la materia prima fundamental de explotación comercial y que contribuyen lamentablemente al desconocimiento de derechos laborales (Srcinek, 2018).

Lo anterior encuentra su razón de ser dentro de un contexto histórico que abarca la crisis del capitalismo en el que se identifican tres momentos: (i) década de los 70 con la caída de la tasa de ganancia del sector manufacturero y la migración del capital al sector financiero; (ii) finales de los 90 con el modelo *primero crecimiento, luego ganancias*, en el que el capital fluyó hacia empresas con rentabilidad negativa y que colapsaron a inicios del siglo XXI y (iii) la crisis 2007-2008 focalizada en EE.UU. cuya solución fue potenciar el excedente de capital especulativo a partir de políticas monetarias flexibles de los bancos centrales. De este modo las empresas tales como Uber y la mayoría de las plataformas digitales funcionan con una base de endeudamiento gigante que podría suponer el declive de las empresas tecnológicas y constituyendo una de las expresiones de las formas parasitarias de la existencia del capital que caracteriza a la *uberización* como la síntesis histórica de la expansión de la precarización del trabajo y el avance tecnológico bajo el comando del capital financiero hiper concentrado (Marrero, 2021).

Frente a esta *nueva* forma de trabajo se podría decir que se asimila al mercado laboral de la agricultura o la construcción, en donde los trabajadores se presentaban en horas de la mañana con la esperanza de conseguir un trabajo pagadero día a día, pero ahora, con la intervención de un teléfono móvil en el que el trabajador se postula por medio de un aplicativo para encontrar una labor y debido a ello, obtener un ingreso diario pero inminente.

Con ello la economía de trabajo temporal hace que la agencia de búsqueda de trabajo o la obra estén disponibles vía *online* imponiendo así una vigilancia generalizada. Ante ello, la búsqueda de trabajadores para solamente remunerarles el uso exacto de su fuerza de trabajo no

resulta ser un mecanismo novedoso y que siembra una relación conflictiva entre el capital y el trabajo que se materializa históricamente en la lucha por la reducción de la jornada laboral, la pelea de las organizaciones de trabajadores por incluir las horas de descanso y en general, por la seguridad de los trabajadores en torno a su propia reproducción y envejecimiento (Marrero, 2021).

Frente a este escenario, Marrero (2021) aduce que la *uberización* busca reducir al trabajador a un mero factor productivo que se vuelva responsable en sí mismo de su propia reproducción social, esto es, asumir todas las cargas laborales y prestacionales como autónomo en cuyo proceso se desdibuja el tiempo de trabajo y no trabajo lo que trae consigo que todo el tiempo de vida consciente del trabajador es potencialmente tiempo de trabajo.

Bajo ese entendido, el control algorítmico de las plataformas digitales entendido como la posibilidad de mapear y transformar en datos la actividad de millones de trabajadores, consumidores y empresas se podría decir que sustituye al capataz, pero perdiendo la forma rígida para ejercer mecanismos de regulación de la productividad del trabajo así como los desafíos que se presenten en el ejercicio propio de la labor encomendada tales como circunstancias de tiempo, modo y lugar, configurando bonificaciones nocturnas, en días de fin de semana o festivos e inclusive condiciones de lluvia para alentar a los *colaboradores* a trabajar de manera eficiente o por el contrario establecer sanciones, multas en tiempo o restringiendo el uso de la plataforma de manera definitiva cuando se incumplan las políticas de la plataforma (Marrero, 2021). A partir de estas particularidades, se reconocen mecanismos informales no localizables de control que incrementan la plusvalía de las empresas disminuyendo los costos laborales.

Con el fenómeno de la *uberización*, en el caso concreto de las plataformas digitales de viajes o transporte de mercancías como podrían ser Uber o Rappi, se elimina el concepto de contratación por viaje, en donde el *salario* pasa a ser parte de un costo variable que depende de la realización efectiva del trabajo y en esta medida, el tiempo libre que debería usarse para descansar, los trabajadores lo utilizan para poder generar más ingresos lo que significa que, todo el tiempo que el trabajador pone en disponibilidad es tiempo de beneficio para la plataforma (Moreira, 2019). Lo anterior es reafirmado por Fontes (2016) cuando manifiesta

que además del localizador GPS o la acreditación de la plataforma en el que se da seguimiento a las rutas recorridas, no existe un control directo y cercano hacia los trabajadores pues no hay una jornada de trabajo pactada y obligatoria, ni límites a la misma, ni mucho menos, días de descanso retribuido. Es de conocimiento que son verdaderos trabajadores, pero no se los considera como tales, sino más bien como proveedores de un servicio ocasional pues no tienen reconocida la existencia de un trabajo, sino que se les proporciona una conexión directa para entregar plusvalía a las empresas capaces de imponer un proceso de producción con un valor predeterminado.

El trabajo a domicilio siempre se ha caracterizado por la precariedad y por formar parte de la economía sumergida que significa en sí misma, una inseguridad jurídica en la delimitación con otras figuras similares o zonas grises que constituyen una forma de trabajo no declarado y traen consigo frenos al crecimiento económico y la oferta de empleo. Así las cosas, se reducen los ingresos fiscales y genera un impacto negativo en la financiación de la Seguridad Social (Sierra, 2017).

En esa misma línea, el trabajo no declarado constituye un problema que abarca dos interpretaciones, a saber: (i) se encuentran empresas y personas que se aprovechan del sistema, situación que requiere intervención pública en cuanto al control y la sensibilización y (ii) la inadaptación de la normatividad a las realidades de las nuevas formas de trabajo (Sierra, 2017).

Ante ello es que instituciones como la International Labour Organization (ILO, 2021) y la Comisión Europea (como se citó en Biagi et al., 2018) han reafirmado su preocupación frente al desarrollo del trabajo en plataformas digitales y la implementación de la inteligencia artificial en la oferta y demanda de bienes y servicios y su repercusión en las condiciones laborales, razón por la cual se ha instado a los legisladores de los países a tomar partido e intentar mitigar y controlar dicha situación.

Bajo esos parámetros, se infiere que uberización del trabajo no es más que una modalidad de precarización laboral que desconoce todo tipo de derechos laborales que en razón a las luchas sociales de los sindicatos de trabajadores se logró, que incluyeran como parte inherente a todo tipo de contratos de trabajo, tales como: el salario justo, la jornada, los días de descanso, las prestaciones sociales y en fin, todo lo que de acuerdo a la

normativa contenida en tratados internacionales como en las legislaciones de los países se han reconocido como de obligatorio cumplimiento dentro de las relaciones laborales patrono-trabajador y es por ello que el mercado colombiano en conjunto con las relaciones de producción y las modalidades de suministro de bienes y servicios refleja que no es ajeno a esta situación, pues se ha visto inmerso en la sistematización global de las fuerzas de trabajo a través de las plataformas digitales, encontrando así numerosas empresas que han implementado sus algoritmos como parte de la nueva cotidianidad ofreciéndole al consumidor un servicio atractivo y al cual resulta fácil acceder, pero que, con sus políticas actuales de funcionamiento, trae consigo implicaciones negativas y de precariedad frente a quienes son parte fundamental de la prosperidad y rentabilidad del negocio: los trabajadores.

2. LA RESPONSABILIDAD DE LAS PLATAFORMAS DIGITALES FRENTE AL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE DERECHOS LABORALES Y PRESTACIONES ECONÓMICAS Y ASISTENCIALES DE LOS TRABAJADORES DOMICILIARIOS EN COLOMBIA

En Colombia Rappi ha sido una de las plataformas digitales que en el año 2015 introdujeron de manera innovadora, a través de una aplicación móvil, la posibilidad de que usuarios puedan solicitar domicilios de dinero, comida, mensajería, etcétera, y cuyo servicio es prestado por los ya conocidos *rappitenderos*, quienes a través de la misma aplicación una vez acepten el pedido, se dirigen al lugar bien sea de un establecimiento de comercio o cualquier otro que el usuario requiera y posterior a ello llevar consigo el producto en encargo hacia la dirección de destino suministrada y hacer efectiva la entrega a su destinatario (Aldana et al., 2022).

Al tanto, Ramírez (2021), recapitulando un intercambio de ideas producto de una investigación cualitativa y cuantitativa que reflejan una estructura compleja respecto al desarrollo del trabajo en plataformas y el análisis jurídico respecto del vínculo contractual que envuelve a los trabajadores en este caso de Rappi, proporciona conclusiones respecto a la incertidumbre misma del tipo de labores que se presentan en las plataformas digitales y que, en el caso concreto, define que sí existe un contrato de trabajo. Para ello acude a los elementos contenidos en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo que permiten definir la existencia de una relación laboral; a saber: la actividad personal del trabajador, la subordinación o dependencia del trabajador en el cumplimiento de sus

labores respecto al empleador y percibir un salario como retribución de los oficios realizados (Código Sustantivo del Trabajo [C.S.T.], 1950).

En ese sentido, frente a (i) la actividad personal: se refiere que el *rappitendero* debe realizar la labor encomendada de manera personal, no puede contratar a otra persona para que lo haga por él ni mucho menos dar en préstamo o alquiler su cuenta de la plataforma Rappi, es más, se establece como causal de cancelación de acceso a la aplicación que el *rappitendero* se preste para la sustitución o suplantación de identidad tal y como lo establecen los términos y condiciones; (ii) Salario: pues existe una retribución por cada servicio prestado, y el más importante; (iii) La subordinación: a diferencia de la libertad de horario y autonomía que anuncia la plataforma, se encuentra en realidad con la exclusividad de los *rappitenderos* en las labores encomendadas en esta aplicación por parte del algoritmo (Ramírez, 2021).

Frente a este último elemento, es menester señalar la evolución que ha tenido la plataforma en cuanto a la forma en que un *rappitendero* podía dar uso a la aplicación, siendo antes decisión de este si aceptaba o no tomar un pedido y prestar sus servicios domiciliarios. No obstante, actualmente las personas se ven obligadas a tomar cualquier tipo de solicitud, caso contrario se bloquea por varias horas la oportunidad de prestar los servicios, vislumbrando así el hecho de que los trabajadores domiciliarios deban aceptar pedidos sin conocer el destino de entrega. Eso significa que la plataforma elimina el poder de decisión y con ello se configura un elemento esencial del contrato de trabajo toda vez que la plataforma se reserva el poder de fijar la tarifa por el servicio a prestar (Ramírez, 2021).

Frente a la tasa de aceptación, esto es, que el algoritmo tienda a asignar pedidos a los domiciliarios que hayan aceptado más pedidos, se infiere que el *rappitendero* está obligado a aceptar cualquier solicitud, pasar más tiempo en la aplicación y de no hacerlo se someten a sanciones que consisten en inhabilitaciones temporales para trabajar, bloqueos de la cuenta o multas que se alejan de la libertad y autonomía que la plataforma predica de sus usuarios (Ramírez, 2021).

Un vistazo alrededor del mundo podría aterrizar con claridad la idea de que no solamente en Colombia existen vestigios de que las plataformas digitales se han convertido en un claro fenómeno de precarización laboral ocultando verdaderas relaciones laborales. Para ello, conviene recalcar que

las condiciones en las que se desenvuelven los trabajadores domiciliarios respecto de este tipo de plataformas han sido de conocimiento de los tribunales y motivo de discusión en las legislaturas de varios países que no precisamente coinciden en identidad económica, política y social con la realidad colombiana y en cuyo caso se ha declarado la existencia de relaciones laborales frente al trabajo en dichas plataformas digitales.

Por ejemplo, la Junta de Relaciones Laborales de Ontario en Canadá en un asunto en contra de Foodora, empresa de comida a domicilio, en el que unos mensajeros la demandaron para que se les reconociera como trabajadores dependientes y se les garantizara el derecho a sindicalizarse, estableció que el impedir que el mensajero varíe la tarifa que cobra, encuadra similitud a un salario de un trabajador dependiente que a la forma en como trabajaría un contratista independiente y en ese orden de ideas dictaminó que dichos trabajadores eran verdaderos contratistas dependientes (Rojo, 2020). En este mismo sentido, un juez en Brasil en un asunto en contra de LoGi, empresa de entregas rápidas, en el que también se discutía las pretensiones de los *riders* en su reconocimiento como verdaderos dependientes, determinó que lo más relevante del servicio es la tarifa y que si el trabajador no la puede negociar, no es un autónomo; el conductor está claramente subordinado al valor del flete impuesto por la empresa (Ramírez, 2021).

Como contrapartida a la situación en la que los trabajadores domiciliarios se encuentran claramente desprotegidos en sus derechos laborales y frente a las contingencias que se puedan presentar por el riesgo inminente que su labor supone teniendo en cuenta su alto índice de accidentalidad como *riders*, estos es, que comúnmente utilizan como medio de trabajo un medio motorizado o no motorizado de dos ruedas, países como Italia incluyeron normatividad tendientes a regular la labor de los trabajadores que prestan sus servicios a través de plataformas digitales y establece una protección laboral frente a los trabajadores autónomos que reparten bienes utilizando medios de dos ruedas en áreas urbanas (Aloisi, 2020). Por otra parte, en España mediante Real Decreto Ley 9/2021 se incluyó en el ordenamiento jurídico la protección de los derechos laborales de los trabajadores dedicados al reparto en las plataformas digitales de la siguiente manera: primero, una protección de cualquier trabajo en cualquier empresa que use los efectos de los algoritmos e inteligencia artificial como parte de su operación; y, segundo, incluir una presunción de la existencia

de una relación laboral en el ámbito de las plataformas digitales de reparto (Todolí, 2021).

Lo anterior, sugiere actividad por parte del legislativo en Colombia que haga frente a la realidad que atraviesan los trabajadores domiciliarios en el territorio y que encuentran menoscabados sus derechos, pero que también le significa una afectación de recursos al Estado y concretamente al Sistema General de Seguridad Social. Frente a ello, Ramírez (2021), señala que la plataforma Rappi transfiere los riesgos derivados de la prestación de los servicios no solo al *rappitendero* sino que impone una carga a la sociedad en general, toda vez que, al no estar el trabajador domiciliario afiliado al Sistema General de Seguridad Social, sobre todo el del Régimen Contributivo en Salud, todos los riesgos y contingencias se trasladan al Régimen Subsidiado de Salud, influyendo de manera negativa no solo en la desfinanciación misma de la prestación del servicio sino también precarizando el servicio de atención.

Una vez establecidos los parámetros según los cuales se podría afirmar que existe una relación laboral entre las empresas de plataformas digitales con la explotación de su idea de negocio como la de Rappi y los trabajadores domiciliarios, resulta conveniente establecer la responsabilidad frente a los accidentes de trabajo y enfermedades laborales, entiéndase accidentes de tránsito, lesiones corporales, enfermedades derivadas de la conducción, etcétera, y cuya probabilidad de siniestro resulta ser muy grande atendiendo el desenvolvimiento propio de las labores a cumplir y el medio de transporte utilizado para hacer efectivas las entregas de los productos a los usuarios, sin perjuicio de todas las acreencias laborales a las que se tiene derecho según la normatividad laboral por la simple existencia del vínculo laboral.

Como consecuencia de lo anterior, se genera una serie de obligaciones a cada uno de los extremos de la relación laboral que giran en torno al concepto de prestación, que se entiende como lo que dentro de una relación jurídica una persona está obligada a cumplir y en el caso concreto del contrato de trabajo, la prestación a cargo del trabajador es cumplir con la labor que se le encomienda y la contraprestación del empleador es pagar el salario estipulado por el servicio prestado. Sin embargo, existen contingencias que se le presentan al trabajador con o sin causa directa del trabajo o a su grupo familiar y que la asignación salarial por sí sola no le permiten atender. Esta es la razón por la que el Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 56 impone en cabeza del empleador la obligación de brindar

seguridad y protección al trabajador con el pago de prestaciones en dinero o especie para que se protejan posibles contingencias sin menoscabar el salario pactado (Puyana, 2020).

Se debe poner de presente que, además de las prestaciones y derechos laborales que se mencionaron con anterioridad, en el Decreto 1833 de 2016 se establecieron los afiliados obligatorios al Sistema General de Pensiones de forma obligatoria, entre los cuales se encuentran las personas que residan en Colombia y que se encuentren vinculadas mediante un contrato de trabajo (Decreto 1833, 2016, art. 2.2.2.1.1). Ello supone que, en el evento de que se logre acreditar que entre la plataforma Rappi y los *rappitenderos* existe un vínculo laboral dando aplicación al principio jurisprudencial de la primacía de la realidad, que, como lo dice Gonzales (2020), es el instrumento por medio del cual las formalidades del contrato no están por encima de lo que se dio en realidad y en consecuencia se protege los intereses del trabajador a pesar de que haya pactado otro tipo de situaciones a título contractual, estaría en cabeza de la plataforma digital el deber de afiliación del trabajador domiciliario.

Aunado a lo anterior y como otra de las obligaciones que se presumen de la relación laboral, correspondería a la plataforma digital como verdadera empleadora asumir el reconocimiento y pago de prestaciones sociales en favor de los trabajadores domiciliarios que, tal y como manifiesta González (1996), son un conjunto de derechos, beneficios o garantías que se atribuyen en favor de los trabajadores o sus beneficiarios por el hecho de estar al servicio de una empresa o patrono diferentes al salario propiamente dicho y que se pueden identificar como: (i) de tipo asistencial, a título de actividades, intervenciones, prestación de servicios, entrega de medicamentos para prevenir, promover, rehabilitar, intervenir y tratar, y (ii) de orden económico representadas por emolumentos económicos que varían dependiendo de la contingencia que sufra el trabajador (Cañón, 2017).

Cañón (2017) reitera que el campo de acción de la seguridad social frente a riesgos o contingencias con cobertura significa indagar y conocer situaciones de carácter bien sean de carácter laboral o común que puedan afectar a la población y entre las que se encuentran: (i) la enfermedad, (ii) la maternidad, (iii) la invalidez o la pérdida de capacidad laboral, (iv) la vejez, (v) la muerte, (vi) los accidentes de trabajo, (vii) las enfermedades profesionales o laborales, (viii) el desempleo, (ix) las cargas familiares, (x)

la fatiga, (xi) desnutrición, abandono, desplazamiento y demás situaciones de vulnerabilidad, (xii) la falta de capacitación y necesidad de inserción en el mercado laboral y (xiii) las necesidades sociales y la ausencia de recursos para atender carencias básicas. Es aquí donde encuentra su importancia el ratificar el compromiso que les asiste a las plataformas digitales de asumir como verdaderos empleadores las cargas impuestas por la normatividad laboral vigente, esto es, cumplir con las obligaciones de afiliación al Sistema General de Seguridad Social, propender las labores de promoción y prevención del Sistema de Seguridad y Salud en el Trabajo y el pago de todas las acreencias laborales que se causen con ocasión de la prestación de un servicio personal y subordinado.

Frente al Sistema de Seguridad Social, es importante establecer la relación de afiliación patrono-empleado entre la plataforma digital y el trabajador domiciliario, teniendo en cuenta que le supone al primero, trasladar su responsabilidad a otra persona o entidad por un riesgo o contingencia que pueda llegar a presentarse y, en ese sentido, vincular al trabajador al sistema de protección frente a las eventualidades propias del cumplimiento de las labores y en caso de ocurrencia de siniestro, se pueda exigir ante el Fondo de Pensiones, las ARL o las EPS, el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas y asistenciales a las que haya lugar (Cañón, 2017). Por el contrario, si la plataforma digital, a pesar de someter en condiciones de subordinación a un *rappitendero*, no lo afilia dentro de los riesgos y contingencias del Sistema General de Pensiones, Salud y Riesgos Laborales y en consecuencia no realice las cotizaciones en los parámetros y montos que correspondan, estaría asumiendo en nombre propio los eventuales derechos de carácter asistencial y económico que se causen y estarían llamados a asumir con su propio patrimonio el reconocimiento y pago de los mismos (Cañón, 2017).

El Sistema de Riesgos Laborales que actualmente brinda su cobertura en el territorio nacional se desarrolló con la entrada en vigencia de la Ley 1562 de 2012, que en su artículo primero la definió como la disciplina que supone la prevención de lesiones y enfermedades que se causen por las condiciones de trabajo y la protección y prevención de la salud en los trabajadores mejorando las condiciones y ambiente de trabajo procurando un bienestar físico, mental y social de los trabajadores en los oficios que esté desempeñando y así mismo refirió al Sistema de Gestión de la Seguridad en el Trabajo como la oportunidad de anticipar, reconocer, evaluar y dar

control a los riesgos que se puedan presentar dentro del ámbito laboral (Ley 1562, 2012, art. 1).

En la misma línea, Puyana (2017) reitera que de acuerdo a lo dispuesto por el libro II de la Ley 100 de 1993, todos los empleadores deben afiliarse y afiliarse a sus trabajadores al Sistema de Riesgos Laborales y de no hacerlo serán responsables de asumir las prestaciones que se reconocen en favor del trabajador dentro del sistema sin perjuicio de las sanciones legales que deriven con ocasión de: (i) Accidentes de trabajo, en los términos establecidos por la Comunidad Andina de Naciones a través de la Decisión 584 de 2004 que hace parte del Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo que en el literal “n” de su artículo primero en concordancia con el artículo tercero de la Ley 1562 de 2012 los definen como “todo suceso repentino que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo, y que produzca en el trabajador una lesión, orgánica, una perturbación funcional o psiquiátrica, una invalidez o la muerte” (Ley 1562, 2012, art. 3). A su vez también plantea que también se genera durante la ejecución de funciones y órdenes del empleador, aún por fuera de horas y lugar de trabajo; y (ii) enfermedad laboral, cuya definición por parte de la Decisión 584 de la CAN es la de la contraída como resultado de la exposición a factores de riesgo que supone, son inherentes al desarrollo de la actividad laboral y por su parte el artículo 4 de la Ley 1562 de 2012, la define como: “la contraída como resultado de la exposición a factores de riesgo inherentes a la actividad laboral o del medio en que el trabajador se ha visto obligado a trabajar” (Ley 1562, 2012, art. 4), en cuyo caso adquiere el estatus de ser laboral siempre que se encuentre incluida dentro de la tabla de enfermedades laborales adoptada por la legislación colombiana mediante Decreto 2566 de 2009 o se configure una relación de causalidad con los factores de riesgo ocupacional en el lugar del trabajo y la presencia de la enfermedad diagnosticada (Decreto 2566, 2009).

Cuando el accidente o enfermedad ha sido debidamente calificado/a como de origen laboral por parte de las juntas de calificación, teniendo en cuenta el artículo 142 del Decreto 019 de 2012, que modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, norma que define el trámite de calificación de pérdida de capacidad laboral, siguiendo las disposiciones del Manual único para la Calificación de Invalidez contenido en el Decreto 1507 de 2014, se generan las prestaciones que se describen de forma detallada a continuación:

En primer lugar, y a pesar de que el Decreto 1295 de 1994 que dio origen al sistema de riesgos laborales en Colombia en su gran mayoría se encuentra derogado, aún tiene vigentes algunos artículos, como por ejemplo el artículo quinto que define las prestaciones asistenciales a las que tiene derecho un afiliado al Sistema de Riesgos Laborales, entre las que figuran:

a) Asistencia médica, quirúrgica, terapéutica y farmacéutica; b) Servicios de hospitalización; c) Servicio odontológico; d) Suministro de medicamentos; e) Servicios auxiliares de diagnóstico y tratamiento; f) Prótesis y órtesis, su reparación, y su reposición solo en casos de deterioro o desadaptación, cuando a criterio de rehabilitación se recomiende; g) Rehabilitaciones física y profesional; h) Gastos de traslado, en condiciones normales, que sean necesarios para la prestación de estos servicios (Decreto 1295, 1994, art. 5).

En segundo lugar, se consideran las prestaciones económicas dentro del Sistema de Riesgos Laborales, las que a continuación se determinan tales como: (i) El Subsidio por incapacidad temporal que, atendiendo la Circular 10 de 2017, se entiende como toda enfermedad o lesión que no le permita al trabajador laborar por un tiempo determinado y la contraprestación que el afiliado recibe es un valor económico equivalente al cien por ciento de su salario base de cotización que se calcula desde el día siguiente al que ocurrió el accidente de trabajo pagadero hasta el momento en el que se logre la rehabilitación, la readaptación o curación, o en su defecto se consume la declaratoria de la incapacidad permanente parcial, invalidez o muerte (Ministerio del Trabajo, Circular 10 de 2017). (ii) La incapacidad permanente parcial, tal y como lo establece la Ley 776 de 2002 en su artículo quinto ocurre cuando al afiliado se le determina una disminución de capacidad laboral parcial y no total, esto es, en un porcentaje que debe ser superior al 5 % pero e inferior al 50 % (Ley 776, 2002, art. 5). (iii) Pensión de invalidez que refiriendo al artículo noveno de la Ley 776 de 2002 se establece como la prestación a la que tiene derecho el afiliado que con causa de origen profesional y de manera no intencional, se le haya determinado el cincuenta o más por ciento de pérdida de capacidad laboral (Ley 776, 2002, art. 9). (iv) La pensión de sobrevivientes que se causa con ocasión de la muerte del afiliado definida en el artículo 12 de la ley 776 de 2002; (v) Auxilio funerario que corresponde a un monto de quien demuestre sufragar los gastos funerarios del afiliado o pensionado (Ley 776, 2002, art. 12).

Hasta el momento, en el ámbito teórico parece asistirle la razón al trabajador domiciliario en cuanto a la existencia de una relación laboral con las plataformas digitales como Rappi, la exigibilidad de unos derechos laborales y la garantía en la cobertura del Sistema General de Seguridad Social de acuerdo con los lineamientos que el ordenamiento jurídico colombiano ha desarrollado frente a este tipo de vínculos. Sin embargo, la realidad y la tendencia a nivel global nos indica que dichos preceptos no se materializan en razón a la intención por parte de las empresas que explotan este tipo de algoritmos digitales de ocultar verdaderos contratos de trabajo aprovechando el poder de posicionamiento que tienen en el mercado y buscando el crecimiento exponencial del aplicativo que no involucra en su plan de expansión comercial el brindar protección laboral al factor humano. Es por ello que los trabajadores domiciliarios se han visto obligados a acudir a las jurisdicciones de los países en donde prestan sus servicios para hacer exigibles sus derechos salariales, prestacionales, sindicales o como consecuencia de contingencias propias de su labor como accidentes de trabajo durante el trámite de entrega de los bienes y servicios o inclusive enfermedades laborales que se generen por la rutina de los quehaceres y su relación con el medio de transporte utilizado para ellos.

En el caso colombiano, los trabajadores domiciliarios que pretenden hacer exigible los derechos inherentes al contrato de trabajo frente a las plataformas digitales, deben acudir a la jurisdicción laboral ordinaria frente a la cual, si bien cuentan con elementos de hecho que podrían decantarse en su favor respecto de los elementos que configuran la existencia de un contrato realidad, el juez de conocimiento del asunto podría ser minucioso y reservado en su valoración probatoria y emitir sentencia, teniendo en cuenta que no existe un lineamiento legislativo que regule las actividades de las plataformas digitales en la injerencia que tienen respecto al ámbito laboral. No obstante, existe un Instrumento de Seguridad y Salud en el Trabajo de la Comunidad Andina de Naciones que contiene elementos que permitirían hacer frente a las contingencias que se les presente a los trabajadores domiciliarios en razón de accidentes de trabajo o enfermedades laborales y bajo ese orden de ideas, de lograrse el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas y asistenciales atribuibles a las plataformas digitales, también se abriría la puerta a la exigibilidad de los demás derechos laborales que le asisten al contrato de trabajo.

3. EFECTIVIZACIÓN DE LAS GARANTÍAS LABORALES DEL TRABAJADOR DOMICILIARIO A TRAVÉS DEL INSTRUMENTO ANDINO DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

Con la firma del Acuerdo de Cartagena y con el fin de que se promueva un desarrollo equilibrado y de armonía entre los países andinos, se creó la Comunidad Andina de Naciones en 1969, de la cual Colombia figura como país firmante y frente a la cual se sometió de manera vinculante a lo que se desarrolle en cada uno de sus órganos y estamentos (Parlamento Andino, 2022).

En vista de la necesidad de contar con un instrumento que condense la normatividad en materia de seguridad y salud en el trabajo que sirva de guía para el desarrollo de la reglamentación que rige las actividades laborales en cada uno de los países miembros y plantear directrices estableciendo un Sistema Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores de la Comunidad Andina de Naciones, emitió la Decisión 584 de 2004, por medio de la cual se establecieron parámetros de protección personal dentro de las empresas con el objetivo de brindar garantías y bienestar a los trabajadores dentro del cumplimiento de sus funciones. Frente a ello, en su Artículo 16, se dispuso que los empleadores, atendiendo la naturaleza de las actividades de la empresa y el tamaño de la misma, ya sea de manera individual o colectiva con otras empresas de similares objetos sociales, deberán aplicar sistemas que contrarresten emergencias derivadas de incendios, accidentes mayores, desastres naturales u otras contingencias de fuerza mayor (Comunidad Andina de Naciones [CAN], Decisión 584, 2004, art. 16). Por su parte, en el artículo 17 estableció:

Siempre que dos o más empresas o cooperativas desarrollen simultáneamente actividades en un mismo lugar de trabajo, los empleadores serán solidariamente responsables por la aplicación de las medidas de prevención de riesgos laborales (CAN, Decisión 584, 2004, art. 17).

En el caso concreto de la plataforma digital Rappi, al atribuírsele la calidad de verdadero empleador de los trabajadores domiciliarios y constituirse como una empresa que sí opera en Colombia, y teniendo en cuenta que el país se debe acoger a los lineamientos descritos dentro de la Decisión 584 de 2004 de la Comunidad Andina de Naciones al ser país miembro, no solo se estaría predicando la obligación de todas las medidas de

Sistema de Seguridad y Salud en el Trabajo por parte de Rappi sino también de las empresas quienes suministran los productos que el consumidor final solicita a través de la aplicación. Lo anterior, teniendo en cuenta que los propietarios de los establecimientos de comercio que ofrecen bienes y servicios de comidas, paquetería, vestimenta , entre muchas más, que también desarrollen su objeto comercial en Colombia y que de manera coordinada hagan que el consumidor final reciba su producto a través de las plataformas digitales como Rappi, son solidariamente responsables tanto de la mitigación y prevención de los riesgos laborales como de las contingencias de esta naturaleza que se pudiesen presentar atendiendo que como lugar de trabajo, la Comunidad Andina de Naciones asume todo sitio donde los trabajadores permanecen y realizan sus labores o el lugar a que deben acudir para cumplir con el mismo (CAN, Decisión 584, 2004).

Por si no resultare suficiente lo ya analizado con anterioridad sobre la efectiva vinculación laboral acreditando los tres elementos que se exigen dentro de la normatividad laboral colombiana para que se configure una verdadera relación de trabajo entre la plataforma digital Rappi y los trabajadores domiciliarios, se debe tener en cuenta que dentro del artículo primero de la Decisión 584 de 2004 antes referenciada, se señala que trabajador no es únicamente quien acredita los elementos del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, sino que para la Comunidad Andina de Naciones, son trabajadores las personas que desempeñan actividades laborales por cuenta ajena, se incluyen los trabajadores independientes o también por cuenta propia de forma remunerada (CAN, Decisión 584, 2004, art. 1); definición que se ajusta claramente a los trabajadores domiciliarios de Rappi y en dicha calidad las empresas frente a las que se encuentren vinculados deben asumir sus obligaciones dentro de la Seguridad y Salud en el Trabajo.

En consonancia con lo dispuesto en el artículo 16 de la Decisión 584 de 2004, la Resolución 957 de la Comunidad Andina de Naciones en su artículo segundo establece que dichas medidas deben tomarse de manera coordinada entre las empresas que desarrollen su objeto social en un mismo lugar de trabajo, atendiendo los factores de riesgo al que se ven expuestos los trabajadores, contratistas, subcontratistas, enganchadores o cualquier modalidad de intermediación laboral que se presente en los países miembros (CAN, Resolución 957 de 2005, art. 16).

De igual manera, el artículo decimoctavo de la resolución antes referenciada, reiteró la solidaridad existente entre los empleadores, empresas, contratistas, subcontratistas, enganchadores o cualquier modalidad de vinculación o de intermediación laboral frente a los trabajadores atendiendo la reglamentación que establezca cada legislación interna de los países miembros referentes a obligaciones y responsabilidades frente a las normas de Seguridad y Salud en el Trabajo (CAN, Resolución 957 de 2005, art. 18). Eso significa que las empresas que operen en Colombia, entre las que se encuentra Rappi y demás establecimientos de comercio que exploten sus bienes y servicios a través de las plataformas digitales para llegar al consumidor final, serían solidariamente responsables de la implementación de todo el Sistema de Seguridad y Salud en el Trabajo para los trabajadores domiciliarios y, en caso contrario, solidariamente responsables por los perjuicios ocasionados a los *rappitenderos* y prestaciones que se causen con ocasión de dicha omisión.

En Colombia se abordó la solidaridad laboral en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, donde se señaló que los trabajadores independientes se constituyen como verdaderos empleadores cuando contraten a una persona en beneficio de un tercero a menos que se traten de actividades extrañas o anormales a las que desarrolla la empresa o el negocio, y en dado caso, si se contratan para el curso normal de las actividades económicas de la empresa, el beneficiario en conjunto con el contratista serán solidariamente responsables por el valor de todas las acreencias, prestaciones e indemnizaciones a las que tengan derecho los trabajadores con ocasión de la prestación del servicio (C.S.T., 1950, art. 34). Frente a ello, la Corte Suprema de Justicia reiteró que frente a la solidaridad laboral, lo que requiere observancia no es cual es el objeto social del contratista, sino que los servicios prestados al beneficiario o dueño de la obra no sean extrañas a las actividades que normalmente opera la empresa y la labor que individualmente desarrolló el trabajador (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL33082, 2009).

Además de lo anterior, en el mismo artículo se dispuso que los beneficiarios también responden solidariamente de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores aún si los contratistas no cuenten con autorización para subcontratar (C.S.T., 1950, art. 34). Lo anterior plantea un escenario contradictorio con lo planteado y referenciado con antelación sobre lo dispuesto por la Decisión 584 de la Comunidad

Andina de Naciones que refiere una solidaridad de las empresas frente a las obligaciones en el ámbito de Seguridad y Salud en el Trabajo cuando haya una concurrencia de actividades empresariales en un mismo espacio territorial y la premisa de la solidaridad en el Código Sustantivo del Trabajo sugiere que la contratación o el vínculo laboral se haya generado con ocasión directa a prestar sus servicios dentro del giro ordinario de los negocios de la empresa beneficiaria, caso contrario no se presumiría la solidaridad.

Es por ello que la posición de la Comunidad Andina de Naciones en cuanto a las reglas de la solidaridad replantean y sugieren una actualización inmediata de acuerdo a las realidades sociales y económicas de lo dispuesto por el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo por dos razones fundamentales: (i) Las primeras están llamadas a prevalecer por encima de las disposiciones presidenciales y legislativas en materia laboral en Colombia, ya que el instrumento de la Comunidad Andina de Naciones prevalece en el orden interno, reviste por su carácter supranacional del mandato de la Constitución Política de 1991 en su artículo 93 (Constitución Política de Colombia [C.P.], 1991, art. 93); y (ii) Las garantías para los trabajadores en la protección de los derechos laborales y prestacionales en el ámbito de la Seguridad y Salud en el Trabajo resultan ser más amplias cuando se plantea la consecución de derechos a través del concepto de trabajador de la Comunidad Andina de Naciones y en la solidaridad con la simple condición de que las empresas involucradas operen en un mismo espacio.

Se ha establecido que las personas vinculadas a la plataforma digital Rappi sí son verdaderos trabajadores haciendo de la labor domiciliaria una prestación personal, subordinada y debido a la cual le devienen un salario, situación comprobable y contraria a cualquier estipulación contractual a las que se ven sometidos al momento de ingreso y permanencia dentro del algoritmo. Como verdaderos trabajadores recae en ellos derechos y deberes de carácter laboral que pueden ser exigidos. A priori, parece ser que acudir directamente ante la plataforma para el reconocimiento de cualquier tipo de acreencia de carácter laboral resulta inútil para los *rappitenderos*; la competencia para dirimir los conflictos que se deriven de esta omisión legal de reconocimiento de la relación laboral entre la plataforma Rappi y los trabajadores domiciliarios y el consecuente reconocimiento y pago de todas las acreencias laborales y prestacionales derivadas de la prestación personal del servicio y en algunos casos, las indemnizaciones atribuibles

a los perjuicios ocasionados por los accidentes y enfermedades laborales y el incumplimiento de la normatividad en el Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo a cargo de los empleadores, está a cargo de la jurisdicción ordinaria laboral según lo dispuesto en el artículo segundo del Código Procesal del Trabajo y es frente al juez de conocimiento que se deberá plantear la existencia de dicha realidad contractual para lograr la exigibilidad de lo que corresponda (Código Procesal del Trabajo [C.P.T.], 1948).

El contenido de la Decisión 584 y desarrollado por la Resolución 957 de la Comunidad Andina de Naciones al hacer parte integral del ordenamiento jurídico colombiano, puede hacerse exigible e invocarse como fuente dentro de la jurisdicción ordinaria laboral y, en cuyo caso, los argumentos de hecho y de derecho se deberán proponer dentro de la demanda ordinaria laboral atendiendo lo dispuesto por los artículos 25 y siguientes del Código Procesal del Trabajo en donde el trabajador domiciliario que haya visto menoscabados sus derechos por parte de la plataforma Rappi, podrá solicitar se aplique la normatividad de la Comunidad Andina de Naciones y, en consecuencia, pedir el reconocimiento de la existencia de un contrato de trabajo a partir del concepto de trabajador de dicho instrumento y el reconocimiento de todas las prestaciones asistenciales y económicas que se le atribuyan al incumplimiento de todas las disposiciones en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo tales como afiliación al Sistema General de Seguridad Social, programas de promoción y prevención atendiendo los riesgos propios de la actividad domiciliaria (C.P.T., 1948).

De la misma manera, el *rappitendero* podrá invocar la existencia de la solidaridad de las empresas participantes en la cadena de distribución y explotación de mercado en el mismo territorio en caso de que como resultado de la omisión de cumplir con todas las gestiones en Seguridad y Salud en el trabajo, el trabajador domiciliario haya podido sufrir algún tipo de enfermedad o accidente de trabajo y se le hayan generado prestaciones asistenciales o económicas que pudieron ser asumidas por el Sistema General de Seguridad Social pero que ante la omisión de las empresas en la afiliación, buscan su reconocimiento y pago en el empleador.

De lo anterior se infiere que, si el competente para dirimir este tipo de conflictos en Colombia es el juez de conocimiento de la jurisdicción ordinaria laboral, no es posible acudir directamente ante el instrumento de la Comunidad Andina de Naciones para que se pueda dar aplicabilidad

a su normativa a través del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina; sin embargo, en la Decisión 500 de 2001 que corresponde al Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, se estableció en su artículo 122 que los jueces nacionales que dirijan un proceso en el que se discuta la aplicación de alguna norma que conforme el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina de Naciones, de manera facultativa *pueden* solicitar la interpretación del Tribunal de Justicia siempre y cuando dicho proceso sea susceptible de recursos, en cuyo caso, de no contar con la interpretación del Tribunal de Justicia y ante la necesidad de dictar sentencia, el juez laboral ordinario deberá decidir sobre el asunto en primera instancia (CAN, Decisión 500, 2001, art. 122).

Ahora bien, dicha potestad del juez laboral dentro de la jurisdicción ordinaria colombiana de solicitar la interpretación del Tribunal de Justicia pasa a ser de facultativa a obligatoria cuando el proceso fuese de única y/o última instancia (C.P.T, 1948), sin contar las partes con recursos dentro del derecho interno, entendiéndose la facultad de interponer recursos ordinarios, en cuyo caso también se discuta la aplicación del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina de Naciones y en consecuencia se suspenderá el proceso en la jurisdicción ordinaria y se solicita mediante escrito simple la interpretación del Tribunal de Justicia tal y como lo dispuso el artículo 123 de la Decisión 500 de 2001 (CAN, Decisión 500, 2001, art. 123).

En ella se estableció que el procedimiento de admisión y trámite de la solicitud de interpretación de la aplicabilidad de la normatividad de la Comunidad Andina de Naciones que se refiere en los artículos 126 y siguientes de la Decisión 500 de 2001, que dentro del término de treinta días siguientes a la admisión de dicha solicitud por parte del Tribunal de Justicia se emitirá la sentencia correspondiente que se limitará a pronunciarse únicamente sobre el alcance de la normatividad andina respecto del caso concreto y en ningún momento lo hará frente al contenido y alcance del derecho nacional ni realizará una calificación sobre los hechos del proceso a menos de que sea indispensable para materializar la interpretación que se solicita. Por tanto, dicha interpretación resulta vinculante y de obligatorio seguimiento de parte del juez nacional que conduce el proceso al momento de dictar sentencia y al momento de emitirse, se deberá remitir copia de dicha providencia al Tribunal de Justicia (CAN, Decisión 500, 2001, arts. 126, 127, 128).

Así las cosas, los demandantes que en este caso son los trabajadores domiciliarios vinculados a las plataformas digitales, deben acudir al juez nacional en la jurisdicción laboral ordinaria respetando las disposiciones de competencia y cuantía y no tienen la posibilidad de que a petición de parte se solicite la interpretación del Tribunal de Justicia en primera instancia, pero si lo puede hacer en segunda instancia o si su asunto se llevare en una única y en este sentido, contando con que la interpretación resultare favorable, podrán hacer exigible su relevancia al momento de dictar sentencia por parte del juez de conocimiento, pues de no hacerse, de acuerdo al artículo 128 de la Decisión 500 de 2001, tanto el país miembro como los particulares tienen el derecho de acudir directamente ante el Tribunal de Justicia en ejercicio de la acción de incumplimiento de la que trata el artículo 107 de la misma decisión, por la abstención del juez nacional en solicitar la consulta si está obligado a hacerlo o cuando de haberse efectuado, se aplique una interpretación diferente a la realizada por el Tribunal de Justicia (CAN, Decisión 500, 2001, arts. 107, 128).

Bajo esa tesitura resulta factible la consecución del resarcimiento de los perjuicios que se ocasionen frente a accidentes y enfermedades derivados del desarrollo operario y de ejecución de sus funciones de los trabajadores domiciliarios y las prestaciones asistenciales y económicas invocando la normatividad andina frente al juez de conocimiento de la jurisdicción ordinaria laboral y no solo frente a este tipo de contingencias, sino también a todo tipo de acreencias laborales en el ejercicio amplio del concepto de trabajador planteado por la Comunidad Andina de Naciones.

CONCLUSIONES

Se determina que las plataformas digitales tales como Rappi, efectivamente se sitúan como verdaderos empleadores, que contrario a lo que sus estipulaciones de términos y condiciones y la campaña propagandística de la que han hecho eco frente a la libertad del trabajador domiciliario en tener poder de decisión sobre las circunstancias de modo, tiempo, lugares y precios, se han entablado verdaderos contratos de trabajo encubiertos con el fin de generar una explotación del objeto social de la empresa cuyos intereses resultan ajenos a respetar los derechos ya consolidados en la legislación colombiana y los tratados internacionales.

A partir de estas afirmaciones se sugiere que, de manera prioritaria, la legislación colombiana a través del Congreso de la República, debe

propender por la regulación de las actividades que se desarrollan en los entornos digitales, no solo frente a las empresas y plataformas de la modalidad domiciliaria, sino toda actividad que signifique la participación humana e involucre una contraprestación económica para quien realice algún tipo de labor o gestión y por supuesto, se dé especial atención a lo que sucede con los trabajadores domiciliarios, sus condiciones reales en el desenvolvimiento de sus labores y por qué no, visualizar las situaciones paralelas en derecho comparado y poder determinar que, si las condiciones fácticas resultan ser idénticas, poder adoptar como propias figuras como las de la presunción de contrato de trabajo en las labores de los trabajadores domiciliarios.

En líneas generales, resultaba favorable el escenario teórico y doctrinal respecto a si se constituía o no un contrato de trabajo entre las plataformas digitales y los trabajadores domiciliarios; sin embargo, se planteaba la preocupación frente a la valoración rigurosa que debería hacer el juez de conocimiento de los casos en los que los *rappitenderos* decidan acudir a la jurisdicción ordinaria laboral con el fin de que se les resarzan sus derechos para reparar los perjuicios ocasionados por la omisión del cumplimiento de la normatividad vigente por parte de las plataformas digitales. El cumplimiento de las normas de Seguridad y Salud en el Trabajo, las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo que rodean al contrato de trabajo, así como las normas generales y específicas del Sistema General de Seguridad Social, son ejemplo de ello.

Ante eso, se plantea la hipótesis que implicaba sustentar la posibilidad de acudir al Instrumento de Seguridad y Salud en el Trabajo de la Comunidad Andina de Naciones por parte del trabajador domiciliario que haya sufrido un accidente de trabajo o enfermedad laboral que le haya ocasionado perjuicios en su integridad física o psicológica o que simplemente tuvo que asumir a propia cuenta los gastos que se derivaron del siniestro, sin dejar de lado las prestaciones económicas y asistencias a las que podría tener derecho ante una eventual pérdida de capacidad laboral o incapacidad permanente parcial. De este modo, el Instrumento Andino a través de la Decisión 584 en concordancia con la Resolución 957 plantea la posibilidad de vincular en solidaridad a todo el complejo de empresas que realicen sus actividades en un mismo territorio, lo que significaría que el *rappitendero* que sufre un accidente en su motocicleta o bicicleta en el momento en el que se dispone a hacer entrega de un producto a su lugar de destino, no solamente

puede encontrar garantías a sus derechos laborales y prestacionales frente a la plataforma digital, sino que también frente a las empresas que hacen parte de la cadena y en el caso concreto, la empresa que vendió el producto que era objeto de domicilio. Esto tiene dos implicaciones: la primera, que aparecen nuevos sujetos en la ecuación para que el demandante pueda hacer efectiva la reclamación de sus pretensiones; y, segundo, implicaría una forma de ejercer presión sobre los participantes del mercado para que se inste al Gobierno Nacional y al Congreso de la República para hacer lo propio en cuanto a regulación y frente a las plataformas digitales, para que reconsideren su actitud frente a dichos trabajadores dentro de su modelo de negocio.

Por último, la Decisión 584 de la Comunidad Andina de Naciones no solamente resultó brindar como alternativa la figura de la solidaridad laboral como garantía de derechos laborales sino que también incluye un concepto amplio de trabajador en el que sí se encuentran incluidos los *rappitenderos* que puede hacer extensible la exigibilidad de aplicación del instrumento a los trabajadores domiciliarios que decidan iniciar procesos judiciales sin haber sufrido un accidente de trabajo o una enfermedad laboral, sino propendiendo únicamente el reconocimiento de la relación laboral y el pago de todos los derechos que se derivan de la misma sin tener que entrar en la discusión de los preceptos del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo.

REFERENCIAS

- Aldana, D., López, C. y Vargas, J. (2022). *La relación laboral en los trabajadores vinculados a la plataforma Rappi (2018-2021)* [Tesis de maestría: Universidad Libre de Colombia]. Repositorio Institucional Unilibre. <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/22350/LA%20RELACION%20LABORAL%20EN%20LOS%20TRABAJADORES%20VINCULADOS%20A%20LA%20PLATAFORMA%20RAPPI%20%282018-2021%29.pdf?sequence=2&isAllowed=y>
- Aloisi, A. (2020). A Fascinating Chapter in the 'Gig' Saga: How to Deliver Decent Work to Platform Workers in Italy? *Mutual learning Programme, DG Employment, Social Affairs and Inclusion, European Union*. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3722910

- Barona, G. (2022, 21 de mayo). Rappi lidera el sector delivery con 44,1% del mercado, y DiDi ya se mete en la pelea. *La República*. <https://www.larepublica.co/empresas/rappi-lidera-el-sector-delivery-con-44-1-de-tenencia-en-participacion-de-mercado-3367970>
- Biagi, F., Fernández, E., González, I., Pesole, A. y Urzi, M. (2018). *Platform Workers in Europe Evidence from the COLLEEM Survey*. Publications Office of the European Union, Luxembourg. <https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/handle/JRC112157>
- Canal Institucional. (2022, 21 de julio). *ABC de los cambios a la regulación del teletrabajo en Colombia*. <https://www.canalinstitucional.tv/noticias/decreto-reglamenta-teletrabajo-en-colombia>
- Cañón, L. (2017). *Una visión integral de la seguridad Social*. Universidad Externado de Colombia.
- Comunidad Andina de Naciones [CAN]. (2001). Decisión 500 del 2001, Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. <http://www.sice.oas.org/trade/junac/decisiones/dec500s.asp>
- Comunidad Andina de Naciones [CAN]. (2004). Decisión 584 del 2004, Sustitución de la Decisión 547, Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo. <http://www.sice.oas.org/trade/junac/decisiones/dec584s.asp#:~:text=%2D%20Todos%20los%20trabajadores%20tienen%20derecho,su%20salud%2C%20seguridad%20y%20bienestar>.
- Comunidad Andina de Naciones [CAN]. (2005). Resolución 957, Reglamento del Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo. <https://www.comunidadandina.org/StaticFiles/DocOf/RES0957.pdf>
- Congreso de la República de Colombia. (2002, 17 de diciembre). Por la cual se dictan normas sobre la organización, administración y prestaciones del Sistema General de Riesgos Profesionales. [Ley 776 de 2002]. DO: 45.037
- Congreso de la República de Colombia. (2012, 11 de julio). Por la cual se modifica el sistema de riesgos laborales y se dictan otras disposiciones en materia de salud ocupacional. [Ley 1562 de 2012]. DO: 48.488
- Constitución Política de Colombia [C.P.]. (1991). http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (2009, 2 de junio). Sentencia SL33082 [M.P.: Gnecco, G.].
- Fontes, V. (2016). Formação dos trabalhadores e luta de classes. *Trabalho Necessário*, 14(25), 13-24. <https://doi.org/10.22409/tn.14i25.p9618>

González, G. (1996). *Prestaciones sociales del sector privado*. Temis.

González, J. (2020). *Contrato realidad como principio del derecho al trabajo y frente al contrato de prestación de servicios en Colombia* [Monografía de pregrado, Institución Universitaria Politécnico de Colombia]. Alejandría Repositorio Institucional. <https://alejandria.poligran.edu.co/handle/10823/2148>

Granados, J. (2022). Análisis de la inteligencia artificial en las relaciones laborales. *CES Derecho*, 13(1), 111-132. <https://doi.org/10.21615/cesder.6395>

International Labour Organization [ILO]. (2021). *World employment and Social Outlook 2021: The role of digital labour platforms in transforming the world of work*. Gineve: Internacional Labour Office. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_771749.pdf

Lucero, J. (2019, 13 de julio). La uberización del trabajo: Un drama para los derechos laborales. *Nueva Tribuna*. <https://www.nuevatribuna.es/articulo/actualidad/uberizacion-trabajo-drama-derechoslaborales-precariedadlaboral-temporalidad-devaluacionsalarial/20190709140519164347.html>

Marrero, N. (2021). Uberización del trabajo: La era de la precarización digital en el capitalismo de plataforma. *Revista Cuadernos abiertos de crítica y coproducción*, (4), 1-8. <https://udelar.edu.uy/portal/wp-content/uploads/sites/48/2021/08/Uberizacion-N.-Marrero.pdf>

Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. (1994, 22 de junio). Por el cual se determina la organización y administración del Sistema General de Riesgos Profesionales. [Decreto 1295 de 1994]. DO:41.405

Ministerio del Trabajo. (2017, 3 de febrero). Circular 010. Reconocimiento y Pago de Incapacidad Temporal - Cuando ya hubo Pago de Indemnización o Incapacidad Permanente Parcial (IPP). http://www.nuevaleislacion.com/files/susc/cdj/conc/circ_mtr_10_17.pdf

Moreira, A. (2019). A uberização do trabalho docente no Brasil: Uma tendência de precarização no século XXI. *Trabalho Necessário*, 17(34), 229-251. <https://doi.org/10.22409/tn.17i34.p38053>

Parlamento Andino. (2022, 26 de mayo). *Firma del Acuerdo de Cartagena - 26 de mayo*. <https://www.parlamentoandino.org/index.php/actualidad/noticias/679-firma-del-acuerdo-de-cartagena-26-de-mayo>

Portafolio. (2022, 30 de enero). Las plataformas digitales representarían el 0,2% del PIB del país. <https://www.portafolio.co/economia/finanzas/las-plataformas-digitales-representarian-el-0-2-del-pib-del-pais-561110>

- Presidencia de la República de Colombia. (1948, 24 de junio). Código Procesal del Trabajo. [Decreto Ley 2158 de 1948]. DO: 26.773
- Presidencia de la República de Colombia. (2009). Por el cual se adopta la tabla de enfermedades profesionales. [Decreto 2566 de 2009]. DO: 47.404
- Presidencia de la República de Colombia. (2016). Por medio del cual se compilan las normas del Sistema General de Pensiones. [Decreto 1833 de 2016]. DO: 50.053
- Presidencia de la República. (1950, 5 de agosto). Código Sustantivo del Trabajo. [Decreto Ley 2663 de 1950]. DO: 27.622
- Puyana, A. (2017). *El Sistema General de Riesgos Laborales*. Universidad Externado de Colombia.
- Puyana, A. (2020). *Las prestaciones sociales en el sector público y en el privado*. Universidad Externado de Colombia.
- Ramírez, N. (2021). ¿Mandatarios o trabajadores? Análisis jurídico de la vinculación entre Rappi y los rappitenderos. *Ámbito Jurídico*. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis/mandatarios-o-trabajadores-analisis-juridico-de-la-vinculacion-entre-rappi-y-los>
- Rojo, E. (2020, 1 de marzo). *Los mensajeros de Foodora son trabajadores por cuenta ajena. Importante decisión de la Junta de Relaciones Laborales de Ontario de 25 de febrero de 2020*. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2020/03/canada-los-mensajeros-de-foodora-son.html>
- Salvagni, J. y Da Silva, V. (2021). Antunes, R. (eds.). (2020). Uberização, trabalho digital e indústria 4.0. [Uberization, Digital Work and Industry 4.0]. 1. Ed. São Paulo: Boitempo. *Cuadernos de Trabajo Social*, 35(1), 109-110. <https://doi.org/10.5209/cuts.75418>
- Sierra, E. (2017). Teletrabajo, uberización y robotización del trabajo: Propuesta para un derecho del trabajo constante (sólido, estable y duradero). *Revista del Instituto de Estudios Interdisciplinarios en Derecho Social y Relaciones del Trabajo*, 20, 1-23. <https://idus.us.es/handle/11441/75160>
- Srnicek, N. (2018). *Capitalismo de plataformas*. Caja Negra.
- Todolí, A. (2021). Cambios normativos en la digitalización del trabajo: Comentario a la “Ley Rider” y los derechos de información sobre los algoritmos. *IUSLabor. Revista d’anàlisi de Dret del Treball*, 3(4), 28-65. <https://doi.org/10.31009/IUSLabor.2021.i02.02>

DIFUSIÓN DE LA IMPORTANCIA DE LOS LÍDERES SOCIALES Y LOS DEFENSORES DE DERECHOS HUMANOS EN COLOMBIA, A TRAVÉS DE LAS REDES SOCIALES USADAS POR ADULTOS MAYORES EN EL AÑO 2021

Byron David Bravo Ceballos¹

Fecha de recepción: 12 de julio de 2022

Fecha de aceptación: 20 de agosto de 2022

Referencia: Bravo, B. (2022). Difusión de la importancia de los líderes sociales y los defensores de derechos humanos en Colombia, a través las redes sociales usadas por adultos mayores en el año 2021. *Revista Científica Codex*, 8(15), 42-67.

RESUMEN

Los líderes sociales y defensores de derechos humanos son esenciales para la promoción y garantía de los derechos humanos en Colombia, sin embargo, son amenazados y asesinados a diario. Forst, Relator Especial de las Naciones Unidas, recomienda reconocer pública y regularmente su papel fundamental en la sociedad con la finalidad de promover su protección. Este artículo, emerge de dicha recomendación, explorando la efectividad de difundir la importancia de líderes y defensores, a través de las redes sociales usadas por los adultos mayores en Colombia. Metodológicamente, para la primera parte de la investigación se realizó la búsqueda, análisis e interpretación de datos obtenidos de fuentes documentales, para su segunda parte, se estudió el fenómeno a través de datos medibles y cuantificables. Se hizo el enfoque poblacional en adultos mayores, dada su situación de

1. Abogado, egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas Universidad de Nariño, Especialista en Derechos Humanos de la Universidad de Nariño.

vulnerabilidad respecto a las *fake news*, su alto porcentaje de participación electoral y su drástico aumento poblacional derivado del incremento en la esperanza de vida. Adicionalmente, acogiendo los resultados de la investigación, y con el objetivo de materializar la difusión de la importancia de líderes y defensores, se realizó un producto audiovisual que se puede observar siguiendo el enlace previo al apartado de conclusiones.

Palabras clave: derechos Humanos, redes sociales, adulto mayor, *fake news*, producto audiovisual.

ABSTRACT

Social leaders and human rights defenders are essential for the promotion and guarantee of human rights in Colombia, however, they are threatened and assassinated on a daily basis. Forst, special rapporteur of the United Nations, recommends publicly and regularly recognizing their fundamental role in society, in order to promote their protection. This article emerges from this recommendation, exploring the effectiveness of disseminating the importance of leaders and defenders, through the social networks used by the elderly in Colombia. Methodologically, for the first part of the investigation, the search, analysis and interpretation of data obtained from documentary sources was carried out, for its second part, the phenomenon was studied through measurable and quantifiable data. The population focus was made on older adults, given their vulnerable situation regarding fake news, their high percentage of electoral participation and their drastic population increase derived from the increase in life expectancy. Additionally, accepting the results of the investigation, and with the aim of materializing the dissemination of the importance of leaders and defenders, an audiovisual product was made that can be seen by following the link prior to the conclusions section.

Keywords: human rights, social networks, older adults, fake news, audiovisual product.

INTRODUCCIÓN

Los líderes sociales y defensores de derechos humanos, especialmente en el caso de Colombia, tienen un papel fundamental para la defensa y garantía de los derechos humanos y son esenciales para la promoción de la paz. Lamentablemente, en contradicción a su importancia, han sido objeto de vejámenes constantemente, y los ataques y asesinatos contra ellos se han

intensificado tras el gobierno de Iván Duque. Frente a este panorama, el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los defensores de los derechos humanos, Forst (2018, como se citó en Organización de las Naciones Unidas [ONU], 2020), en su última visita a Colombia, recomendó como medio de protección a los defensores de derechos humanos: Reconocer pública y regularmente su papel fundamental en la sociedad.

Por lo anterior, este artículo explora la efectividad de visibilizar a los líderes sociales y defensores de derechos humanos, a través de las redes sociales usadas por los adultos mayores en Colombia en el año 2021. Efectividad vista cuantitativamente, es decir, desde la cantidad de población que usa dispositivos móviles, redes sociales y se ven interesados por recibir información sobre la defensa de los derechos humanos.

Se procura aportar al reconocimiento descrito por el Relator Especial en función de su protección, buscando alternativas estratégicas para obtener un resultado favorable. Por este motivo y dado el auge de las redes sociales es oportuno aprovechar este medio de difusión que permite llegar masivamente a las personas. Lo anterior, dado que Colombia es el segundo país en el mundo donde más tiempo se consumen redes, alcanzando un promedio de 3 horas y 45 minutos al día. Igualmente, la televisión e incluso el computador de escritorio han pasado a un segundo plano, siendo el Smartphone, el dispositivo más usado por los colombianos con una preferencia del 98,1 %, y una utilización creciente de redes debido a su manejo simple y su facilidad para el consumo de noticias (Asociación Colombiana de Ingenieros de Sistemas [ACIS], 2021).

Se observa entonces, que el uso de las nuevas tecnologías es esencial para la difusión de información, lo cual puede ser aprovechado para visibilizar luchas sociales, y promover la defensa de los derechos humanos. Para esta exploración se ha escogido un foco poblacional reducido con el propósito de obtener datos concretos, cuantificables y con mayor objetividad. Se seleccionó la población de adultos mayores por diversos motivos: un primer aspecto consiste en que este grupo poblacional es el que se ha vuelto más vulnerable a caer en información errónea que estigmatiza la defensa de los derechos humanos, es decir, en las denominadas *fake news*, por el contrario, los jóvenes se han vuelto expertos en la identificación de dicha información.

Como segundo criterio, se ha valorado el poder del voto que tienen los adultos mayores, y lo lamentable de que ese voto muchas veces sea condicionado por información falsa. En este sentido, esta es una de las poblaciones que mayor participación registran en las jornadas electorales, contrario a los jóvenes entre 18 y 26 años, que constituyen la población que menos ejerce este derecho. Por su parte, como tercer criterio, se ha considerado el incremento poblacional de los mayores de 60 años a nivel mundial, lo cual se debe al aumento en la esperanza de vida y desemboca en una mayor influencia de este grupo en planes y programas de gobierno

Por lo anterior, inicialmente se analiza la importancia de los líderes sociales y defensores de derechos humanos en Colombia; seguidamente se examina la relevancia de los adultos mayores para esta investigación, y por último se exploran los dispositivos, redes y productos audiovisuales más consumidos en el país por esta población y el interés que le dan a la información sobre la defensa de los derechos humanos.

1. IMPORTANCIA DE LOS LÍDERES SOCIALES Y DEFENSORES DE DERECHOS HUMANOS EN COLOMBIA

Partiendo de que se pretende explorar la efectividad de visibilizar a los líderes sociales y defensores de derechos humanos con la finalidad de aportar a su protección, es necesario inicialmente hacer referencia a su marco conceptual, pues no se puede proteger lo que no se conoce. En este sentido, se iniciará definiendo en qué consiste ser un líder social y un Defensor de Derechos Humanos para posteriormente hacer énfasis en las labores que desempeñan y señalar seguidamente algunos logros.

1.1. ¿Qué es un defensor de derechos humanos y un líder social?

Según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, 2006), un defensor o defensora de derechos humanos es “toda persona que de cualquier forma promueva o procure la realización de los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos a nivel nacional o internacional” (párr. 13). Como se puede observar, es una definición amplia que abarca tanto actividades personales como sociales, y va desde el ejercicio de defensa de derechos humanos ocasional, hasta el profesional, incluyendo a los operadores de justicia, desde la representación de víctimas, pasando por la investigación de casos, hasta la impartición de sentencias de forma

independiente e imparcial. En el mismo sentido, el Relator Especial sobre la situación de defensores de derechos humanos de las Naciones Unidas, Forst (2018, como se citó en CIDH, 2019), ha señalado:

Un defensor de los derechos humanos es toda persona que, individual o colectivamente, actúa o desea actuar para promover, proteger o procurar la protección y realización de los derechos humanos y las libertades fundamentales en los planos local, nacional, regional o internacional. (p. 22)

Es decir, puede ser de cualquier género, edad o procedencia sin necesidad de que reciba remuneración por su labor. Ahora bien, entre las actividades que realizan estas personas se encuentran el monitoreo, la divulgación de información, la denuncia, la promoción y la educación de los derechos humanos (CIDH, 2019), los cuales no sólo se interpretan como “los derechos civiles y políticos, sino que abarca necesariamente los derechos económicos, sociales y culturales, conforme a los principios de universalidad, indivisibilidad e interdependencia” (CIDH, 2019, p. 22).

Por su parte, “la condición de líder o lideresa social, comunal, comunitario o campesino se basa en la actividad que la persona desempeña y el reconocimiento que tiene en su comunidad” (CIDH, 2019, p. 23). En este sentido, la CIDH (2019), ha identificado que en Colombia existen personas que a través de estos liderazgos ejercen la defensa de los derechos humanos, por lo tanto, se enmarcan dentro del concepto de personas defensoras de derechos humanos, pues dicho “concepto es amplio y flexible por naturaleza y se evalúa en relación con el criterio de la actividad de defensa desarrollada por la persona” (p. 23).

Por otro lado, también es enriquecedor conocer las definiciones de líder social brindada por los protagonistas de esta labor ¿Quién mejor para decir qué significa ser un líder social que los propios líderes? Por este motivo, se trae a cita algunas de las definiciones brindadas por ellos: “Es defender nuestro territorio hasta con la propia vida” (Carabalí, 2019, como se citó en Comisión de la Verdad, 2019, s.p.); “Es ser la voz de aquellos que callan. Ser quien muchos admiran pero que otros odian” (Perdomo, 2019, como se citó en Comisión de la Verdad, 2019, s.p.); “Es defender los derechos humanos y clamar por la justicia y por nuestros derechos” (Reinel, 2019, como se citó en Comisión de la Verdad, 2019, s.p.).

1.2. El papel de los Defensores de Derechos Humanos y Líderes Sociales en Colombia

La importancia de los líderes sociales y defensores de Derechos Humanos en nuestro país se observa desde la misma Constitución Política, pues en su numeral 4 del artículo 95 se determina que son deberes de la persona y del ciudadano: “Defender y difundir los derechos humanos como fundamento de la convivencia pacífica” (Constitución Política de Colombia [C.P.], 1991, art 95). En el mismo sentido en su numeral 6 señala como deber el “Propender al logro y mantenimiento de la paz” (C.P., 1991, art. 95), la cual también se aborda en el artículo 22 de la Carta Política, en el cual se estableció de manera certera: “La paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento” (C.P., 1991, art. 22).

Ahora bien, los líderes y defensores son esenciales para la garantía de los derechos, especialmente en el caso de Colombia, país en el que tienen un papel fundamental y con características particulares en las actividades de promoción y de defensa. De igual manera, históricamente los líderes y lideresas sociales, indígenas, afrodescendientes, comunales y comunitarios han sido una fuerza de gran importancia para la promoción de la paz y el fin del conflicto armado (CIDH, 2019). En este sentido, la CIDH (2019) ha señalado que:

La labor que realizan es fundamental para la existencia plena del Estado de Derecho y constituye un pilar indispensable para el fortalecimiento y consolidación de la democracia pues ‘ejercen el necesario control ciudadano sobre los funcionarios públicos y las instituciones democráticas’. (p. 23)

Por lo anterior, la CIDH (2019) ha concluido que, “cuando se impide... la defensa de los derechos humanos, se afecta directamente al resto de la sociedad” (p. 24), lo cual va de la mano con lo manifestado por Sen (1999, como se citó en Vela, 2012), quien señala que el desarrollo de una sociedad se ve mermado con la vulneración de los derechos humanos, pues según el economista, el concepto de desarrollo debe ir más allá del crecimiento económico, y observar componentes como “la reducción de la pobreza, la efectiva protección de los derechos humanos, la reducción de las desigualdades, los niveles de salud y alfabetización y, en fin, la protección del medio ambiente” (p. 143).

Por su parte, el Centro Nacional de Memoria Histórica (CNMH, 2020) señala que los líderes y lideresas han acompañado procesos de construcción

de paz, memoria y reconciliación. Un ejemplo de ello es el territorio de Montes de María, en donde se está culminando el informe *¡Basta Ya! Regional*. Al respecto, el CNMH (2020) ha hecho la siguiente manifestación:

En el marco de nuestro trabajo hemos constatado el compromiso integral de la comunidad y sus líderes en esfuerzos dirigidos hacia la profundización de la paz y el desarrollo en el territorio...

[Rechazamos] cualquier acción violenta que revictimice a sectores que como el de Montes de María, haya sufrido las inclemencias y desgracias producidas por atroces hechos en el pasado reciente y exige respeto por la vida, la libertad y la tranquilidad de quienes están trabajando por la paz, la no repetición y la reconciliación. (CNMH, 2020, párrs. 3 y 5)

Por otro lado, la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH, s.f.), señala que los defensores se encargan de abordar cualesquiera de los problemas relacionados con los derechos humanos, desde las ejecuciones sumarias hasta la tortura, las detenciones arbitrarias, la mutilación genital de las mujeres, la discriminación, los abusos laborales, la atención sanitaria, el impacto medio ambiental de los desechos, etc.

[En este sentido, los defensores cumplen el papel de actuar] en favor de derechos humanos tan diversos como el derecho a la vida, la alimentación y el agua, el nivel más alto posible de salud, una vivienda adecuada, un nombre y una nacionalidad, la educación, la libertad de circulación y la no discriminación. Algunas veces defienden los derechos de categorías de personas, por ejemplo, los derechos de la mujer, el niño, los indígenas, los refugiados y desplazados internos, y de minorías nacionales, lingüísticas o sexuales. (ACNUDH, s.f., párr. 3)

Adicionalmente, es posible analizar el trabajo de los líderes sociales desde sus propias palabras, es así como desde la organización Somos Defensores (como se citó en Molina 2018) exponen su visión de lo que significa desempeñar las labores de un líder social de la siguiente manera:

Ser líder social en Colombia es una oportunidad de construir país y no quedarse como espectador. Es remangarse las mangas y trabajar por un país mejor y hacerlo real. Es un tejedor de voluntades...

Además, cabe mencionar que no siempre se trata de la labor de una sola persona. Muchas veces es toda la comunidad la que ejerce una labor de defensa del territorio. (párrs. 3-4)

Los líderes y lideresas velan por el cumplimiento de los derechos humanos, promueven el desarrollo y son la voz de las comunidades rurales olvidadas, al tiempo que defienden el territorio, protegen la naturaleza, lideran procesos de restitución de tierras, luchan contra el narcotráfico y la minería ilegal, incentivan a la comunidad a la participación activa y, en consecuencia, son constructores de paz y tejido social (Molina, 2018).

Este fortalecimiento comunitario connota autogestión que supone involucramiento directo de las comunidades en su proceso de transformación y la construcción de una identidad comunitaria marcada por el sentido de comunidad...

Se dice que la unión hace la fuerza; y cuando se trata de esto, la identidad comunitaria prima para resolver problemas sociales. Lo anterior connota que las mismas comunidades son capaces de tomar el timón cuando tienen la posibilidad de ser protagonistas de las metas colectivas. (Molina, 2018, párrs. 8-9)

1.3. Algunos Defensores en Colombia y su labor

Los líderes y lideresas sociales llevan tras sus espaldas las necesidades y sueños de diversas comunidades, realizan sus tareas en medio de difíciles condiciones, y son víctimas de la estigmatización y la falta de garantías del Estado. Sin embargo, existen aliados que valoran su trabajo y realizan acciones que buscan exaltarlos:

[Este es el caso de] la *Act iglesia Sueca* y la organización *Diakonia*, [quienes] con el apoyo de la Embajada de Suecia en Colombia, convocan el Premio Nacional de Derechos Humanos en Colombia, mediante el cual se destacan sus luchas, [buscando] mitigar los riesgos que padecen. [a través de su visibilización] (Verdad Abierta, 2021, párr. 2)

Entre quienes han ganado este importante reconocimiento están Jacqueline Rojas, ganadora en 2012 por sus labores en el Magdalena Medio santandereano; Angélica Ortiz, ganadora en 2017, lideresa de Fuerza Mujeres Wayuú –organización indígena de La Guajira–; y la Asociación Campesina del Valle del Río Cimitarra, merecedora del premio en 2019 por su trabajo de más de 20 años (Verdad Abierta, 2021).

Castro (como se citó en Verdad Abierta, 2021), coordinadora del Programa *Somos Defensores*, destaca que, a pesar del doloroso panorama

de los líderes, existen valiosos avances en materia de defensa de derechos humanos que se han construido en los últimos diez años.

[En este sentido] resalta el posicionamiento de los derechos de las víctimas del conflicto armado; los avances en las agendas de los derechos que se defienden, especialmente de las mujeres y comunidades LGBTI; el litigio estratégico, que ha logrado importantes sentencias por parte de las cortes Constitucional, Suprema de Justicia e Interamericana de Derechos Humanos; y nuevos espacios de interlocución con el Estado para garantizar el ejercicio de su labor. (párr. 31)

Igualmente, existen importantes luchas que se están dando en la actualidad por defensores y líderes sociales, como es el caso de la red Jóvenes Ambientales Preservando Futuro –JAPF– guiada por el líder comunitario y ambiental Edwin Alfonso Góngora Henao. Esta red la componen más de 300 jóvenes de los municipios de Mesetas, Uribe, Puerto Rico y Vista Hermosa, y han luchado por la defensa ambiental de los paisajes, los entornos y la memoria de un departamento marcado por el conflicto armado. Su trabajo es ejemplo de reconciliación pues algunos de los jóvenes son excombatientes de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia –FARC– que se han sumado a la defensa del ecosistema. Edwin Góngora se encarga de concientizar a los jóvenes sobre los daños ambientales que las entidades estatales intentan ocultar, sobre las quemas ilegales, la ganadería extensiva y la deforestación en la región (Gómez et al., 2019).

Por su parte, un grupo de mujeres en Orito, Putumayo promueven la defensa de sus derechos y los de sus compañeras, de esta forma, orientan esfuerzos en la educación y visibilización de temas importantes para la mujer rural. Se han capacitado en las veredas de Buenos Aires y San Vicente de Luzon, con el apoyo del programa *Active Citizens* del *British Council* y replicaron las charlas con otras compañeras que a su vez hicieron lo mismo. El proyecto gira en torno a promover el empoderamiento de las mujeres rurales entre los 18 y 40 años, acogiendo también niñas y jóvenes con las que se trabaja concientización en derechos sexuales y reproductivos. Con mujeres adultas se trabajan las rutas de atención para tratar la violencia intrafamiliar y consolidar iniciativas económicas diferentes al hogar. La iniciativa, que busca beneficiar a 100 mujeres de manera directa y a otras 300 de forma indirecta, fue denominado *Destello y Resistencia de las Heliconias* flor símbolo del Putumayo y representación de la resistencia las raíces fuertes y el éxito ante la adversidad (Gómez et al, 2019).

En este punto, también es necesario recordar a Jairo Roberto Moncayo y Adriana Benítez, líderes estudiantiles que lucharon por la defensa de los derechos humanos en Nariño. Jairo promovió un importante programa para apalancar propuestas en favor de las comunidades víctimas de desplazamiento forzado, realizando un proyecto avalado por la Universidad de Nariño, y con gestión de recursos en la Gobernación y la Alcaldía, pero tristemente fue asesinado en septiembre de 2003, precisamente el septiembre pasado, a 18 años de su muerte, se instaló un monumento en la plaza San Felipe de la ciudad de Pasto para conmemorarlo (Tubarco, 2021).

Por su parte, Adriana luchó por los derechos y las garantías de las mujeres y trabajó hasta el final por todo lo que consideró justo y necesario. En 1999 “promovió y dirigió las protestas contra el Plan Nacional de Desarrollo y organizó el primer Foro Departamental en oposición al Plan Colombia” (Ferreyra, 2020, párr. 14); realizó el estudio financiero para rebajar la tarifa del transporte público en Pasto, lo cual se logró después de algunas negociaciones; “lideró movilizaciones contra el Sanitario Santa Clara II, y realizó una importante labor social con líderes barriales y madres comunitarias. En su honor el coliseo de la Universidad de Nariño lleva su nombre (Ferreyra, 2020).

Lamentablemente, le arrebataron la vida el sábado 14 de octubre del año 2000, no obstante, en su intervención en representación de la Universidad de Nariño en los diálogos de paz de Andrés Pastrana con las FARC, celebrados en San Vicente del Caguán, dejó estas bellas palabras que representan su lucha:

Debe rescatarse el pensamiento social y preservar su pluralidad dentro de la universidad. Porque es justamente esta la fuente de riqueza y baluarte para toda la humanidad. Por lo tanto, nos declaramos a favor de la vida y rechazamos la muerte y la persecución de estudiantes, trabajadores y profesores universitarios. (Ferreyra, 2020, párr. 16)

2. UN PANORAMA SANGRIENTO

A pesar de la importancia y los logros descritos de los líderes y defensores, en Colombia no se brinda la protección ni el apoyo suficiente para que puedan ejercer su labor con tranquilidad. Desde la firma del acuerdo de paz, en el 2016 hasta el día de hoy se cuentan más de 900 defensores de derechos humanos asesinados, siendo la cifra más alta en América Latina (Semana,

2020). Igualmente se han “registrado 2.829 amenazas entre enero de 2016 y junio de 2020” (Human Rights Watch [HRW], 2021a, párr. 111). Ante este panorama, el gobierno en cabeza de Iván Duque ha dado una respuesta lenta e insuficiente; condena frecuentemente estos crímenes, pero no toma medidas serias para evitarlos; en su lugar implementa programas gubernamentales que apenas funcionan o tienen graves deficiencias (Human Rights Watch [HRW], 2021a).

En este sentido, tras su visita a Colombia, Forst (2018, como se citó en ONU, 2020) en su informe ante el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, denunció que éste

Es el país de América Latina con más asesinatos de activistas de las garantías fundamentales [y que], además, se han disparado las amenazas en su contra en un contexto de altos índices de impunidad. [Señala que dicha impunidad] envía un mensaje de falta de reconocimiento de su importante labor en la sociedad, [lo cual] implica una invitación para seguir violentando sus derechos. (párrs. 1 y 11)

Ahora bien, el acuerdo de paz incluyó iniciativas específicas para prevenir asesinatos de defensores de derechos humanos; no obstante, ese tipo de crímenes aumentó a medida que diversos grupos armados ocuparon el vacío territorial que dejaron las FARC, disputándose el control para la producción de coca y otras actividades ilegales (HRW, 2021a). El problema es que las autoridades colombianas no han realizado un control efectivo; es decir, “el gobierno ha desplegado [muchas tropas], pero no ha fortalecido al mismo tiempo el sistema de justicia ni ha asegurado un acceso adecuado a oportunidades económicas y educativas y a servicios públicos” (HRW, 2021a, párr. 8).

Dicha ausencia estatal, ha originado que, en muchas zonas del país, las organizaciones sociales como las Juntas de Acción Comunal o los cabildos indígenas frecuentemente desempeñen un rol importante en la realización de tareas de funcionarios de gobiernos locales, como la protección de poblaciones en riesgo (HRW, 2021a).

Esto aumenta la visibilidad de los líderes de organizaciones sociales, incluidos defensores de derechos humanos, y los expone a riesgos... Por ejemplo, [la oposición] a la presencia de grupos armados o [la denuncia] de abusos los ha convertido en blanco de ataques... La Defensoría del Pueblo ha registrado 2.829 amenazas contra defensores de derechos humanos ocurridas entre

enero de 2016 y junio de 2020, incluidas 859 contra defensoras de derechos humanos. En la mayoría de los casos, se trató de amenazas de muerte. Al menos tres defensoras de derechos humanos han sido violadas sexualmente desde 2016, según la Oficina del ACNUDH y la Defensoría del Pueblo. (HRW, 2021a, párrs. 4, 11 y 111)

Según la organización no gubernamental en cita, el gobierno de Duque ha incumplido sus obligaciones con el derecho internacional de los derechos humanos, y debería realizar esfuerzos genuinos para prevenir abusos y proteger a los defensores, además, señala que “debería aumentar la capacidad de las autoridades judiciales y los fiscales para llevar ante la justicia a los responsables de los asesinatos” (HRW, 2021a, párr. 35). Manifiesta que las acciones realizadas por el gobierno han sido insuficientes, y “a menos que aquel tome medidas eficaces, es probable que muchos más defensores de derechos humanos sean asesinados en Colombia y, en consecuencia, que cientos de comunidades... queden indefensas” (Vivanco como se citó en HRW, 2021b, párr. 22).

Por otro lado, es un claro retroceso el que la Fiscalía, en cabeza de “Francisco Barbosa, un íntimo amigo del mandatario, [y que además] ya fue señalado de maquillar [cifras] cuando se desempeñó como consejero presidencial para los derechos humanos” (Galindo y Torrado, 2021, párr. 10), haya pretendido centralizar las estadísticas oficiales de asesinatos de defensores de derechos humanos de la Defensoría, la Procuraduría y el Ministerio de Defensa. Con esta medida, una vez más el gobierno pierde la credibilidad sobre sus esfuerzos:

Para prevenir y sancionar estos hechos, esfuerzos que, hasta ahora, han sido preocupantemente insuficientes... En lugar de enfocarse en ‘unificar’ las cifras de líderes sociales asesinados, el Gobierno del presidente Duque debería implementar debidamente las políticas existentes para proteger a los defensores de derechos humanos y líderes sociales en el país. (Vivanco como se citó en Galindo y Torrado, 2021, párr. 11)

2.1. Recomendación de Forst

Debido a este panorama descorazonador, se han planteado algunas alternativas para mejorar su protección. Una propuesta es la realizada por Forst (2018, como se citó en ONU, 2020), quien entre sus recomendaciones para la protección de los defensores, señala que se debe reconocer pública y regularmente, su papel fundamental en la sociedad,

y condenar las violaciones e intentos de deslegitimarlos y criminalizarlos. Consecuentemente, se pretende difundir el análisis realizado respecto a su importancia, con el propósito de enaltecer su labor y agradecer su trabajo. Se procura realizar un aporte al reconocimiento que recomienda Forst, con la esperanza de contribuir, así sea una brizna al cese de los hostigamientos y vejámenes que los líderes sociales y defensores de derechos humanos han venido padeciendo en el país.

No obstante, esta difusión debe hacerse bajo unos parámetros estratégicos para tener mayor efectividad; con un lenguaje apropiado que sea fácil de entender; y dejando de lado los términos jurídicos que puedan confundir a un público general. Por otro lado, es oportuno aprovechar los avances tecnológicos y el alcance de las redes sociales, con la finalidad de difundir de manera masiva la importancia de los líderes y defensores, pues el desconocimiento de este tema ha traído consecuencias graves e irreversibles como se plantea desde la misma Declaración Universal de los Derechos Humanos: “El desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad” (ONU, 1948, párr. 3).

Conforme a lo anterior, es necesario explorar las redes, dispositivos y productos audiovisuales usados por quienes hacen parte del grupo que se ha escogido como foco poblacional en esta investigación, pues las preferencias respecto a estos criterios varían de acuerdo a si la población escogida es de niños, de adultos, de indígenas o personas con diversidad sexual, entre otros. En este sentido, dado que se ha escogido como grupo poblacional a los adultos mayores, se ha realizado un estudio para conocer sus preferencias respecto al uso de las redes sociales, dispositivos más usados y tendencias en productos audiovisuales.

3. DIFUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN EN ADULTOS MAYORES

Según la Organización Mundial de la Salud (OMS, como se citó en Varela, 2016) se considera como adulto mayor a las personas que tengan una edad superior a los 60 años, y se ha escogido este grupo poblacional para difundir en ellos la importancia de líderes y defensores, dado que son los adultos mayores quienes se han vuelto más vulnerables a caer en información errónea que estigmatiza la defensa de los derechos humanos: “Diferentes estudios realizados en Europa y Estados Unidos han demostrado que las personas mayores son más vulnerables a las informaciones falsas,

conocidas también bajo el término *fake news* en inglés” (Valverde, 2019, párr. 2). En consecuencia, el 60 % de los adultos mayores se ven afectados por las redes sociales e información no verificada, contrario a lo que sucede con los jóvenes, quienes tienen acceso a diferentes medios de información y se han vuelto expertos en la identificación de las *fake news* (Svoboda, s.f., como se citó en Valverde, 2019).

Del mismo modo, es muy importante el poder en el voto que tienen los adultos mayores y es reprochable que su voto sea condicionado por información falsa; “las personas mayores de 60 años representan uno de los grupos poblacionales que mayor participación electoral registran” (Fundación Saldarriaga Concha, 2018, párr. 1) en las jornadas electorales. Además, con el paso del tiempo esta población crece, convirtiéndose en uno de los objetivos de mayor peso en los planes de gobierno diseñados por los candidatos. Según la Registraduría Nacional del Estado Civil (como se citó en Fundación Saldarriaga Concha, 2018), para las últimas elecciones presidenciales, es decir en 2018, “el número de personas mayores de 60 años inscritas para votar fue de 6.339.604, [y se] reportó la participación de 3.513.609 personas mayores de 60 años en todo el territorio nacional, un poco más del 50 %” (párrs. 5-6) de esta población. En contraposición, la población habilitada para votar entre los 18 y 26 años, es decir “la población joven es la que menos vota, en ese sentido pone una cuota importante en los niveles históricos de abstención en Colombia en elecciones nacionales y locales, que sobrepasa el 55 %” (El Nuevo Siglo, 2018, párr. 8).

Por otro lado, los adultos mayores adquieren cada vez más relevancia dado el envejecimiento poblacional que han venido teniendo los países en los últimos años, es decir, dado el aumento en la esperanza de vida, cada vez existen más adultos mayores que jóvenes o niños. En este sentido, según la Organización Panamericana de Salud, se estima que para 2050, la población de adultos mayores se duplique en número a nivel mundial. Tan solo para 2025 las personas mayores de 60 años representarán el 18,6 % de la población total de la región (Portafolio, 2020).

Lo anterior, ha motivado escoger a los adultos mayores como foco poblacional para difundir en ellos la importancia de los líderes y defensores en Colombia. Con todo, en este punto se requiere explorar el medio idóneo para visibilizar a los líderes y defensores, y que además este pueda difundirse fácilmente. En este sentido, es de resaltar que el crecimiento en el uso del internet por parte de adultos mayores ha sido notoriamente mayor que en

los jóvenes. Es así como, “mientras el uso de la red en las personas de entre 65 y 74 creció 11 % durante el último año, en el resto de la población lo hizo en 3 %” (Semana, 2018, párr. 3).

3.1. Crecimiento en uso de las redes sociales por parte de los adultos mayores

Los *millennials* dejaron de dominar las redes en 2017, por lo cual la generación senior ha ido tomando el control de plataformas como Facebook, con el objetivo principal de mantener contacto con viejos conocidos. Esta situación ha hecho que el uso de dispositivos como celulares inteligentes se haya duplicado y el crecimiento de mensajería instantánea haya aumentado en un 182,5 % durante el 2016 (Semana, 2018).

Asimismo, el uso de las redes sociales por adultos mayores –más de 65 años– pasó del 15 % al 23 % en el mismo año, con un ritmo de crecimiento que sólo se había registrado por los *millennials*. Por su parte, los *millennials* se han desplazado a redes como Instagram, Snapchat y las *stories* de Facebook, dado que prefieren plataformas con información más volátil, es decir que desaparezca poco después de enviarse (Semana, 2018).

Por otro lado, el uso de internet ha aumentado en todos los países, pero especialmente en el mercado latino, gracias a los dispositivos móviles, dado que resulta más económico un *smartphone* que una *laptop*. El alcance web ha ido aumentando en dispositivos móviles y disminuyendo en computadores de escritorio. Las redes son el principal uso debido a su entrada amigable y su fácil manejo, además las redes también han facilitado el consumo de noticias y el *retail* –venta al por menor o comercio minorista– (Patiño, 2020).

De acuerdo con unos datos entregados por Intel Colombia en el 2019, en América Latina el 53 % de los mayores de 65 años ha usado internet o correo electrónico desde una computadora, el 70 % utiliza internet todos los días y el 31 % prefiere usar computadora de mesa. (Portafolio, 2020, párr. 8)

Ahora bien, el medio escogido para difundir el mensaje en los adultos mayores, debe además permitir una difusión masiva con la finalidad de llegar a un público amplio. Esa es la ventaja de las redes sociales, permitir la difusión masiva y el intercambio de información, al ser “comunidades formadas por diferentes usuarios y organizaciones que se relacionan entre sí en plataformas de Internet” (Peiró, 2017, párr. 1). Asimismo, permiten

“formar grupos y compartir información, y elementos multimedia como imágenes o videos” (Peiró, 2017, párr. 2).

Por otro lado, el incremento de su utilización en Colombia es cada vez mayor, sólo en “2020 creció un 11,4 % superando los 39 millones de personas. [Adicionalmente] Colombia es el segundo país [en el mundo] donde más tiempo se consume redes sociales, alcanzando un promedio de 3 horas y 45 minutos al día” (ACIS, 2021, párrs. 1-2). En el mismo sentido, según un estudio realizado en abril de 2021, se observa que la televisión ha pasado a un lugar secundario por los usuarios de internet en Colombia, siendo el celular el dispositivo más usado por los colombianos entre los 16 y 64 años, con un 98,1 % como se puede apreciar en la siguiente gráfica:

Figura 1

Poseción de dispositivos.



Nota. Fuente: Alvino (2021).

3.2. La red social indicada

Existen muchas redes sociales que permiten interactuar de diferentes maneras y compartir contenido diverso. “En redes como Facebook, Twitter, Google+, LinkedIn, Instagram o TikTok se pueden formar grupos y compartir información y elementos multimedia como imágenes o vídeos” (Peiró, 2017, párr. 2), pero además cada red social tiene un enfoque diferente. Por ejemplo, Facebook permite contactar amigos fácilmente, conocer gente

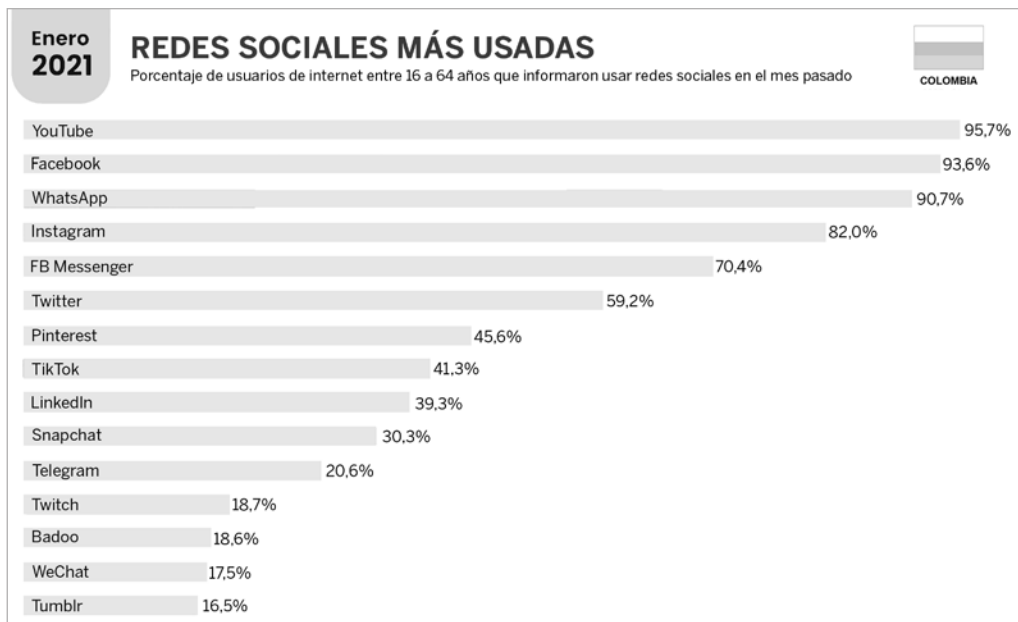
con los mismos intereses y crear páginas de empresas; Twitter es una plataforma de microblogging, es decir, permite divulgar información como en un blog pero con una limitación de máximo 280 caracteres; y Youtube, por su parte, es la red social de videos por excelencia, y las empresas la utilizan para introducir su publicidad (Peiró, 2017).

Por lo anterior, se hace necesario analizar cuál es la red social indicada para difusión de información en los adultos mayores. Siguiendo esta línea, se observa que según la investigación realizada por We are Social y Hootsui (como se citó en Alvino, 2021), la plataforma más usada por los colombianos entre los 16 y 64 años es Youtube, seguida de Facebook y WhatsApp:

Con base en la selección de respuestas múltiples, YouTube es la plataforma más usada (95,7 %) por los internautas colombianos activos en redes sociales que tienen entre 16 y 64 años de edad, seguida de Facebook (93,6 %), WhatsApp (90,7 %) e Instagram (82,0 %) (párr. 28).

Figura 2

Redes sociales más usadas.



Nota. Fuente: Alvino (2021).

Igualmente, como se aprecia a continuación, según SimilarWeb² youtube.com es el segundo sitio web más buscado por los colombianos, superado solo por google.com (Alvino, 2021). Asimismo, según SimilarWeb, Facebook.com es el tercer sitio más buscado y whatsapp.com el cuarto. Por su parte Alexa³ también establece a youtube.com como el segundo sitio más buscado y a Facebook como el quinto.

Figura 3

Sitios web más visitados según Similar Web.

Enero 2021		SITIOS WEB MÁS VISITADOS SEGÚN SIMILAR WEB									
		Ranking de los primeros sitios web según su tráfico promedio mensual, de acuerdo a Similar Web				COLOMBIA					
#	Sitio Web	Total visitas	Visitas únicas	Tiempo por visita	Páginas por visita	#	Sitio Web	Total visitas	Visitas únicas	Tiempo por visita	Páginas por visita
01	google.com	526M	9.62M	17M 14S	11.8	11	office.com	24.0M	1.79M	13M 23S	9.0
02	youtube.com	377M	8.75M	31M 09S	15.2	12	roblox.com	21.1M	617K	17M 30S	7.6
03	facebook.com	150M	6.49M	16M 56S	13.1	13	wikipedia.org	17.5M	3.16M	5M 19S	3.3
04	whatsapp.com	109M	5.86M	3M 22S	1.4	14	yahoo.com	15.0M	1.63M	8M 25S	5.4
05	live.com	60.0M	4.85M	10M 55S	9.7	15	zoom.us	12.2M	2.03M	6M 46S	3.9
06	netflix.com	42.4M	2.23M	11M 13S	4.6	16	pse.com.co	11.6M	3.28M	3M 28S	1.6
07	instagram.com	37.1M	2.87M	12M 50S	23.1	17	microsoft.com	11.5M	2.94M	6M 01S	3.9
08	google.com.co	36.3M	3.03M	7M 20S	8.7	18	wplay.co	10.8M	2.47M	12M 16S	8.6
09	mercadolibre.com.co	25.4M	4.10M	10M 05S	9.3	19	microsoftonline.com	10.6M	1.99M	2M 13S	2.4
10	twiter.com	25.2M	1.81M	16M 12S	18.1	20	msn.com	9.86M	2.11M	6M 55S	3.3

Nota. Fuente: Alvino (2021).

Entonces, de acuerdo con las estadísticas estudiadas, es posible determinar que, en cuanto a redes sociales Youtube y Facebook son los sitios web más buscados por los colombianos entre los 16 y los 64 años, y que WhatsApp es la tercera red social más buscada según SimilarWeb. Esto coincide con la tabla de las redes sociales más usadas, en las cuales, en orden de prioridad se encuentran Youtube, Facebook y WhatsApp.

2. "SimilarWeb es una herramienta de análisis de sitios web que ayuda a conocer el mercado, [permitiendo] conocer la clasificación de [la búsqueda], el número de visitas y las fuentes de tráfico de una determinada página" (Alvino, 2021, párr. 76).
3. "Alexa es [el] asistente virtual de Amazon que sirve para [realizar] búsquedas de voz, a través [de] Echo Plus" (Alvino, 2021, párr. 77).

Figura 4
Sitios web más visitados según Alexa.



Nota. Fuente: Alvino (2021).

No obstante, como se ha explicado anteriormente, en una misma red social se pueden realizar diferentes acciones de interacción, es posible comentar, compartir, ver videos, ver imágenes, suscribirse, escuchar música, dar me gusta, etc. De manera que para realizar un contenido es importante tener en cuenta cuál es la acción que más realizan los usuarios de las redes. En este sentido, se observa que la acción más realizada por los colombianos entre los 16 y 64 años para consumir contenido en internet es ver videos online.

Figura 5
Actividades relacionadas al consumo de contenido digital.



Nota. Fuente: Alvino (2021).

De todo lo anterior, es posible concluir que las plataformas más usadas por los colombianos entre los 16 y 64 años son YouTube, Facebook y WhatsApp, que prefieren el contenido en video, y que los adultos mayores cada día se abren más paso en las plataformas web, por lo cual, las redes sociales son un medio pertinente para la difusión de información dirigida a este público.

3.3. Encuesta a adultos mayores

Ahora bien, con la finalidad de sacar una pequeña muestra que aterrice un poco lo descrito por las estadísticas nacionales detalladas anteriormente, se realizó una encuesta de 9 preguntas a 60 personas de la tercera edad en la ciudad de Pasto. De esta manera, se han logrado recolectar los siguientes resultados:

A la pregunta ¿Cuál es el aparato electrónico que más utiliza para acceder a internet? El 83,32 % de los encuestados respondieron que el celular, 13,33 % utilizan la televisión inteligente y 3,33 % utilizan el computador.

A la pregunta ¿Cuál es la red social que más utiliza? 55 % de los encuestados respondieron WhatsApp, 28,33 % YouTube, 15 % Facebook y 1,66 % respondió ninguna. En este sentido, se observa que acorde a la encuesta nacional WhatsApp es la red social más utilizada por los colombianos y en este caso por los adultos mayores, superando el 50 % del total de encuestados.

Por otro lado, se preguntó: ¿Cuál es la actividad que más realiza en redes sociales? a lo que se respondió de la siguiente forma: 25 % de los encuestados contestaron chatear, 68,33 % contestaron ver videos, 3,33 % otra, 1,66 % contestó ver imágenes y el otro 1,66 % contestó ninguna.

En cuanto a la pregunta ¿Le gustaría ver contenido en redes sociales sobre la defensa de los Derechos Humanos? el 95 % respondió sí, 3,33 % respondieron no y 1,66 % respondió me es indiferente. Resultados muy alentadores para la visibilización de los Líderes sociales y Defensores de Derechos humanos.

Respecto a la pregunta ¿Qué formato le gustaría para ese contenido? El 85 % respondió video; 6,66 % respondió audio; 5 % respondió texto; y 3,33 % respondió imagen. Consecuentemente, se observa que lo más favorable para la transmisión de información en adultos mayores es la realización de un video.

Por su parte, en cuanto a la pregunta: En caso de haber respondido video ¿Qué estética le gustaría? 93,3 % respondió: Video tipo expositivo (Una persona explicando el tema); 3,33 % respondió: Video animado (caricaturas en movimiento explicando el tema); y el restante 3,33 % respondió: “otro”.

En cuanto a la pregunta ¿Le gustaría que se le envíe el producto sobre la defensa de los Derechos Humanos que se realizará? (Video, audio, texto, etc.), el 93,3 % respondió sí; el 5 % respondió no, y el 1,6 % respondió me es indiferente.

Finalmente, referente a la pregunta: Si su respuesta fue sí, por favor deje su número de WhatsApp o correo para enviar el contenido, el 75 % brindó un número de WhatsApp o correo electrónico, frente al 25 % que se reservó dicha información. Este porcentaje se observa favorable y se enviará el video producto de esta investigación a los números y direcciones aportadas, con el fin de que estas personas difundan a su vez este contenido.

Conforme a lo anterior y de acuerdo a los resultados de esta exploración, basados en las estadísticas investigadas y en la encuesta realizada, se observa que, para difundir información en adultos mayores, referente a la defensa de los derechos humanos, es pertinente realizar videos que puedan divulgarse en redes sociales. Por estos motivos, poniendo en práctica lo descrito se realizó un video utilizando esta investigación, en el cual se expone la importancia de los líderes y defensores; su contexto en el país y sus logros. Este producto audiovisual se realizó conforme a los parámetros predominantes en las encuestas, es decir, se ideó con la intención de

difundirse mediante el celular y el computador a través de Youtube, Facebook y WhatsApp, con una duración de 5,26 minutos, y con un formato del tipo expositivo, es decir con una persona en cámara explicando la importancia de los líderes y defensores en Colombia.

El video se envió a los encuestados que respondieron favorablemente a recibir el contenido audiovisual respecto a la defensa de los derechos humanos. Asimismo, en la Figura 6, se encuentra el enlace y el código QR mediante los cuales se puede acceder al contenido descrito.

Figura 6



Nota. Fuente:
<https://youtu.be/nl7ilZjW-eM>

CONCLUSIONES

Un defensor o defensora de Derechos Humanos es “toda persona que... promueva o procure desde cualquier ámbito, la realización de los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos a nivel nacional o internacional” (CIDH, 2006, párr. 13). Por su parte un líder social se distingue por la actividad que la persona desempeña y el reconocimiento que tiene de su comunidad (CIDH, 2019). En Colombia algunas personas a través de estos liderazgos ejercen la defensa de los derechos humanos, son la voz de las comunidades olvidadas y defienden el territorio. Tanto líderes como defensores se encargan de proteger la naturaleza y guiar procesos de restitución de tierras; luchan contra el narcotráfico y la minería ilegal; incentivan a la comunidad a la participación activa y, en consecuencia, son constructores de tejido social y promotores de identidad comunitaria (Molina, 2018).

Los Defensores de Derechos Humanos y Líderes Sociales son esenciales para la garantía, promoción y defensa de los derechos en Colombia, así como para la promoción de la paz y el fin del conflicto armado. Por lo anterior, la CIDH (2019) ha concluido que, “cuando se impide... la defensa de los derechos humanos, se afecta directamente al resto de la sociedad” (p. 24) y se impide su desarrollo, pues aquel, según Sen (1999, como se citó en Vela, 2012), sólo es posible reduciendo la pobreza, efectivizando la protección de los derechos humanos, reduciendo las desigualdades, aumentando los niveles de salud y alfabetización, y protegiendo el medio ambiente tal como lo hacen los líderes sociales.

No obstante, en contradicción de su importancia, desde la firma del acuerdo de paz hasta el día de hoy se cuentan más de 900 defensores de derechos humanos asesinados y 2.829 amenazas en su contra (Semana, 2020; HRW, 2021a). Estos crímenes aumentaron a medida que diversos grupos armados ocuparon el vacío territorial que dejaron las FARC, disputándose el control para la producción de coca y otras actividades ilegales. Por su parte, la respuesta del gobierno ha sido lenta e insuficiente, con ausencia de medidas serias para evitar los crímenes. El gobierno no ha realizado un control efectivo; ha desplegado muchas tropas, pero no ha fortalecido el sistema de justicia, ni el acceso a oportunidades económicas, educativas y de servicios públicos (HRW, 2021b). Dicha ausencia estatal hace que organizaciones sociales frecuentemente se encarguen de labores

como la protección de poblaciones en riesgo, lo que los expone frente a los intereses de los grupos armados.

Una alternativa para la protección de los líderes y defensores de derechos humanos es reconocer pública y regularmente su papel fundamental en la sociedad y condenar las violaciones e intentos de deslegitimarlos y criminalizarlos (Forst, 2018, como se citó en ONU, 2020). Sin embargo, su visibilización debe hacerse bajo unos parámetros estratégicos para tener mayor efectividad y con una población determinada que en, este caso, consiste en los adultos mayores, puesto que son más vulnerables a caer en información errónea que estigmatiza la defensa de los derechos humanos, contrario a los jóvenes, quienes se han vuelto expertos en la identificación de *fake news*. Adicionalmente, los adultos mayores representan uno de los grupos poblacionales con mayor participación electoral, y aumentan en número a diario dado el envejecimiento poblacional, que para 2050, se estima hará que se duplique esta población a nivel mundial (Portafolio, 2020).

Igualmente, el crecimiento en el uso de internet por adultos mayores ha sido notoriamente mayor que en los jóvenes y han ido tomando el control de plataformas como Facebook. Asimismo, el uso de celulares inteligentes se ha duplicado y el uso en redes ha aumentado a un ritmo acelerado, convirtiendo a Colombia en el segundo país en el mundo donde más se consume redes sociales, y donde el dispositivo electrónico más usado es el celular, con un 98,1 % sobre los demás dispositivos. Por otra parte, las redes sociales más usadas por los colombianos entre los 16 y 64 años son YouTube, Facebook y WhatsApp; el sitio web más buscado es google.com seguido de youtube.com; y la actividad más realizada para consumir contenido de internet es ver videos online.

Ahora bien, reduciendo la encuesta sólo a la población de adultos mayores encuestados, se observa que el 83,32 % de ellos prefieren utilizar el celular sobre otros dispositivos; la red social que más usan es WhatsApp, seguida de YouTube y Facebook; la actividad que más realizan es ver videos; al 95 % le gustaría ver contenido en redes sobre la defensa de derechos humanos; y la mayoría prefiere un video del tipo expositivo, es decir, una persona en cámara explicando el tema. Por lo anterior, es viable realizar videos que se difundan a través de WhatsApp, Facebook y YouTube, con el propósito de visibilizar a los líderes sociales y defensores de Derechos Humanos a través de estas redes, que se constituyen como las más utilizadas por los adultos mayores.

REFERENCIAS

- Alvino, C. (2021, 12 de abril). Estadísticas de la situación digital de Colombia en el 2020-2021. *Branch*. <https://branch.com.co/marketing-digital/estadisticas-de-la-situacion-digital-de-colombia-en-el-2020-2021/>
- Asociación Colombiana de Ingenieros de Sistemas [ACIS]. (2021, 1 de abril). *Uso de las redes sociales en Colombia creció un 11,4 % en 2020*. <https://acis.org.co/portal/content/noticiasdeinteres/uso-de-las-redes-sociales-en-colombia-creci%C3%B3-un-114-en-2020>
- Centro Nacional de Memoria Histórica [CNMH]. (2020, 2 de julio). *Llamado urgente del Centro Nacional de Memoria Histórica sobre las amenazas a líderes sociales de los Montes de María*. <https://centrodememoriahistorica.gov.co/llamado-urgente-del-centro-nacional-de-memoria-historica-sobre-las-amenazas-a-lideres-sociales-de-los-montes-de-maria/>
- Comisión de la Verdad. (2019). *¿Qué es ser un líder social?* <https://comisiondelaverdad.co/actualidad/noticias/comision-de-la-verdad-lideres-sociales-que-es>
- Comisión Interamericana de Derechos humanos [CIDH]. (2006). Informe sobre la situación de las defensoras y defensores de los derechos humanos en las Américas. http://www.cidh.oas.org/countryrep/Defensores/defensores_indice.htm
- Comisión Interamericana de Derechos humanos [CIDH]. (2019). Informe sobre la situación de personas defensoras de derechos humanos y líderes sociales en Colombia. <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/DefensoresColombia.pdf>
- Constitución Política de Colombia. (1991). http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
- El Nuevo Siglo. (2018, 1 de febrero). Potencial para votar en Colombia. Adultos, la fuerza electoral que decide. <https://www.elnuevosiglo.com.co/articulos/02-2018-adultos-son-la-fuerza-electoral-que-decide>
- Ferreyra, C. (2020, 8 de junio). Adriana Benítez, una mujer que se atrevió a cantar entre las balas. *Udenar Periódico*. <https://www.udenar.edu.co/adriana-benitez-una-mujer-que-se-atrevio-a-cantar-entre-las-balas/>
- Fundación Saldarriaga Concha. (2018, 10 de julio). *Cómo votan las personas mayores*. <https://www.saldarriagaconcha.org/como-votan-las-personas-mayores/>

- Galindo, J. y Torrado, S. (2021, 10 de febrero). Líderes sociales bajo fuego: El mapa de la violencia en Colombia. *El País*. <https://elpais.com/internacional/2021-02-10/los-lideres-sociales-siguen-bajo-fuego-en-colombia.html?rel=mas>
- Gómez, J., Luque, S. y Mejía, S. (2019, 29 de julio). Cinco luchas de líderes sociales en Meta, Guajira, Putumayo y Cauca. *El Espectador*. <https://www.elespectador.com/colombia-20/paz-y-memoria/cinco-luchas-de-lideres-sociales-en-meta-guajira-putumayo-y-cauca-article/>
- Human Rights Watch [HRW]. (2021a). *Líderes desprotegidos y comunidades indefensas. Asesinatos de defensores de derechos humanos en zonas remotas de Colombia*. <https://www.hrw.org/es/report/2021/02/10/lideres-desprotegidos-y-comunidades-indefensas/asesinatos-de-defensores-de>
- Human Rights Watch [HRW]. (2021b). *Graves deficiencias en la protección de líderes sociales*. <https://www.hrw.org/es/news/2021/02/10/colombia-graves-deficiencias-en-la-proteccion-de-lideres-sociales#>
- Molina, A. (2018, 6 de julio) ¿Cuál es el papel de los líderes sociales en Colombia? *El campesino*. <https://elcampesino.co/por-que-son-importantes-los-lideres-sociales-en-colombia/>
- Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos [ACNUDH]. (2021). *Acerca de los Defensores de Derechos Humanos*. <https://www.ohchr.org/es/special-procedures/sr-human-rights-defenders/about-human-rights-defenders>
- Organización de las Naciones Unidas [ONU]. (1948, 10 de diciembre). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. <https://www.un.org/chinese/center/chbus/events/hurights/spanish.htm>
- Organización de Naciones Unidas [ONU]. (2020, 4 de marzo). Colombia: El país latinoamericano con más asesinatos de defensores de derechos humanos. *Noticias ONU*. <https://news.un.org/es/story/2020/03/1470571>
- Patiño, L. (2020, 13 de abril). Colombianos en redes sociales: Más móviles y más video. *El Tiempo*. <https://www.eltiempo.com/tecnosfera/apps/redes-sociales-mas-usadas-en-colombia-segun-comscore-483768>
- Peiró, R. (2017). *Redes sociales*. Economipedia. <https://economipedia.com/definiciones/redes-sociales.html>
- Portafolio. (2020, 22 de diciembre). Plataforma colombiana para los adultos mayores. <https://www.portafolio.co/negocios/emprendimiento/plataforma-colombiana-para-los-adultos-mayores-547758>

- Semana. (2018, 8 de febrero). Consumo. Los millennials le ceden su espacio a los senior en las redes sociales. <https://www.semana.com/empresas/articulo/adultos-mayores-aumentan-en-redes-sociales/255159/>
- Semana. (2020, 16 de julio). Van 152 asesinatos en 2020 de líderes, defensores de DD.HH. y exmiembros de Farc. <https://www.semana.com/nacion/articulo/asesinato-de-lideres-sociales-en-colombia-cifras-durante-cuarentena-covid-19/686859/>
- Tubarco. (2021, 17 de septiembre). Con monumento rinden homenaje a Jairo, líder estudiantil que luchó por la defensa de los derechos humanos. <https://tubarco.news/tubarco-noticias-occidente/tubarco-noticias-pasto/con-monumento-rinden-a-homenaje-a-jairo-lider-estudiantil-que-lucho-por-la-defensa-de-los-derechos-humanos/>
- Valverde, F. (2019, 12 de julio). Las personas de la tercera edad son más vulnerables a las noticias falsas. *Radio Prague International*. <https://espanol.radio.cz/las-personas-de-la-tercera-edad-son-mas-vulnerables-a-las-noticias-falsas-8126163>
- Varela, L. (2016). Salud y calidad de vida en el adulto mayor. *Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Publica*, 33(2), 199-201. <https://dx.doi.org/10.17843/rpmesp.2016.332.2196>
- Vela, B. (2012). *Lecciones de derecho internacional. Tomo I*. Universidad Externado de Colombia. <https://bdigital.uexternado.edu.co/entities/publication/5e3fb19d-b811-46a6-841e-3c12966e79c3>
- Verdad Abierta. (2021, 6 de octubre). *Una década de reconocimiento para los líderes sociales*. <https://verdadabierta.com/una-decada-de-reconocimiento-para-los-lideres-sociales/>

LOS CUIDADOS PRIMARIOS DE FAMILIARES DEPENDIENTES COMO GENERADORES DE DERECHOS Y GARANTÍAS PARA TRABAJADORES EN COLOMBIA

Deissy Gabriela Martínez Cuarán¹

Fecha de recepción: 18 de agosto de 2022

Fecha de aceptación: 28 de octubre de 2022

Referencia: Martínez, D. (2022). Los cuidados primarios de familiares dependientes como generadores de derechos y garantías para trabajadores en Colombia. *Revista Científica Codex*, 8(15), 68-100.

RESUMEN

A partir de la promulgación de la Constitución Política de 1991, el derecho al trabajo se convirtió en uno de los pilares y fines esenciales del Estado, y pasó a gozar del estatus de derecho fundamental, con miras a garantizar el ejercicio del mismo en condiciones dignas. Uno de los derechos mínimos de los trabajadores, consiste en no ser discriminado y gozar de igualdad de oportunidades. No obstante, en la actualidad, existe un grupo de trabajadores, que se encuentran en posición de desigualdad, al tener a su cargo la responsabilidad de cuidado de familiares en situación de enfermedad y no contar con figuras jurídicas efectivas, que permitan conciliar sus obligaciones laborales con su deber de cuidado. El objeto del presente artículo, es estudiar la viabilidad de implementar en el ordenamiento jurídico colombiano, una licencia especial por enfermedad de familiar dependiente del trabajador. Para tal fin, se abordará el marco

-
1. Abogada egresada destacada de la Universidad de Nariño, Especialista en Derecho Laboral y Seguridad Social XV promoción de la misma institución. Profesional de apoyo en posgrados en Derecho del Centro de Investigaciones y Estudios Sociojurídicos de la Universidad de Nariño.

normativo de los derechos y prerrogativas laborales en Colombia. Posteriormente, se estudiará específicamente la normativa respecto a las licencias que se conceden a los trabajadores para atender familiares en situación de enfermedad. Finalmente, se analizará lo dispuesto por el Convenio No. 156 de la OIT y su implementación en la legislación interna de algunos estados miembros, con el fin de proteger a los trabajadores con responsabilidades familiares.

Palabras clave: derecho al trabajo en condiciones dignas, licencia o permiso por enfermedad de familiar directo, grave calamidad doméstica, trabajadores con responsabilidades familiares.

ABSTRACT

Since the enactment of the Political Constitution of 1991, the right to work has become one of the pillars and essential purposes of the State, and has been given the status of a fundamental right, with a view to guaranteeing its exercise in decent conditions. One of the minimum rights of workers is not to be discriminated against and to enjoy equal opportunities. However, at present, there is a group of workers who are in a position of inequality, as they are responsible for the care of sick family members and do not have effective legal figures that allow them to reconcile their work obligations with their duty of care. The purpose of this article is to study the feasibility of implementing in the Colombian legal system, a special leave of absence due to illness of the employee's dependent family member. To this end, the regulatory framework of labor rights and prerogatives in Colombia will be addressed. Subsequently, we will specifically study the regulations regarding the leaves granted to workers to take care of family members in a sick situation. Finally, the provisions of ILO Convention No. 156 and its implementation in the domestic legislation of some member states will be analyzed in order to protect workers with family responsibilities.

Keywords: right to work in decent conditions, leave of absence for illness of immediate family member, serious domestic calamity, workers with family responsibilities.

INTRODUCCIÓN

La familia constituye el núcleo esencial de la sociedad, por lo cual, el Estado debe garantizar su protección integral. Lo anterior fue estipulado en la Carta Política de 1991 y permea en las diferentes esferas del ordenamiento jurídico.

En Colombia, la mayoría de familias encuentran su sustento económico en padres o madres trabajadores, sometidos bajo la facultad subordinante de su empleador, en el desarrollo de las labores para los cuales fueron contratados, sin embargo, esto no significa que las responsabilidades para con sus familiares desaparezcan o deban ser desatendidas. Los trabajadores con responsabilidades familiares, derivadas de enfermedad o grave riesgo a la salud, cuentan con figuras como la licencia por grave calamidad doméstica o la licencia ordinaria no remunerada, para solicitar ausentarse de su cargo de forma temporal, y acudir al cuidado de los menores o familiares bajo su custodia, no obstante, actualmente estas figuras dependen de la voluntad de sus empleadores, lo que genera en la mayoría de ocasiones, se incurra en la vulneración de los principios constitucionales de solidaridad, dignidad humana y el interés superior de los niños.

Con miras a analizar las figuras jurídicas que pueden implementarse en el ordenamiento jurídico colombiano y ofrecer una posible solución a la problemática planteada, en el presente artículo se estudiará el marco constitucional y legal de los derechos de los trabajadores, en especial las facultades con las que cuentan, para atender situaciones de enfermedad de sus familiares. Seguidamente, se analizará la complementación de la norma existente, a través de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el precedente fijado respecto a la licencia por grave calamidad doméstica, su duración y condiciones para su otorgamiento. Finalmente, se estudiará el Convenio No. 156 de la Organización Internacional del Trabajo –en adelante OIT– relativo a los trabajadores con responsabilidades familiares, su reglamentación y como algunos estados miembros, en virtud de su ratificación, han optado por implementar en sus legislaciones internas licencias obligatorias, para que los trabajadores puedan acudir al cuidado de sus hijos o miembros de la familia, que se encuentren en situación de enfermedad.

1. CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO AL TRABAJO A PARTIR DE 1991

La llegada al ordenamiento jurídico colombiano de la nueva Constitución Política en el año 1991, marcó un punto de referencia, entre el antes y después de la adopción de un modelo de Estado social de derecho. Eso significó una transformación de las fuentes del derecho, la jerarquía y

aplicabilidad de las normas y, principalmente, la protección y garantía de los derechos fundamentada en valores y principios constitucionales.

En el ámbito de los derechos de los trabajadores, desde su preámbulo, la Carta Política estableció los fines esenciales del Estado, entre los cuales se encuentra el derecho al trabajo Constitución Política de Colombia [C.P.], 1991. Al respecto, la Corte Constitucional, en sentencia T-426 de 1992, precisó que el mandato contenido en el preámbulo tiene poder vinculante, por lo cual, cualquier norma, sin importar si es de carácter legislativo u otro, no puede ir en contravía de los fines del Estado, so pena de ser declarada inconstitucional (Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión, Sentencia T-426, 1992).

Seguidamente, el artículo 1 de la Constitución reafirma el trabajo como uno de los principios fundamentales del Estado social de derecho. De forma específica, el artículo 25 consagra el trabajo como un derecho fundamental e insta al Estado a garantizar una especial protección a las diferentes modalidades que este derecho pueda adoptar, propendiendo siempre su ejercicio bajo condiciones dignas y justas (C.P., 1991).

En obediencia a lo anterior, dado que una de las obligaciones constitucionales del Estado es proteger el derecho al trabajo y garantizar su realización, el artículo 53 establece un mandato dirigido al Congreso de la República, quien deberá expedir un estatuto del Trabajo, fijando como contenido mínimo y obligatorio una serie de principios fundamentales del trabajo (C.P., 1991).

Si bien treinta años después de la expedición de la Carta Política, el órgano legislativo ha evadido la obligación constitucional de expedir el estatuto del trabajo y desarrollar de forma amplia la regulación, protección y garantía de los derechos de los trabajadores, gracias a los postulados sobre el derecho al trabajo como fundamento del Estado social de derecho y como un derecho fundamental de las personas, la creación de la jurisdicción constitucional en cabeza de la Corte Constitucional, y la implementación de la acción de tutela como mecanismo de protección de los derechos fundamentales, se ha garantizado la protección de los derechos laborales y de la seguridad social, complementando a través de la jurisprudencia los vacíos legales que antes permitían la vulneración de dichos derechos.

En palabras de Dacosta (2020):

La acción de la Corte Constitucional ha incidido en todo el ordenamiento jurídico general y el Derecho del Trabajo en particular. De manera que no resultó gratuito que se constitucionalizara el derecho al trabajo ya que, por vía de acción de tutela, al tener la dimensión de fundamentales múltiples derechos laborales, la Corte ha conocido un número considerable de situaciones laborales o de seguridad social, al punto que estos asuntos desde su creación han ocupado mayoritariamente la atención de las salas de revisión de la Corte y, por vía de acción de inexequibilidad, se ha modificado considerablemente el ordenamiento jurídico laboral colombiano donde la Corte Constitucional, por permisión creada de su propia jurisprudencia, ha aplicado técnicas de modulación de sus sentencias. (p. 301)

Ahora bien, el artículo 53 constitucional determinó que los convenios internacionales en materia de normas laborales que sean debidamente ratificados, entran a ser parte de la legislación interna (C.P., 1991). Lo anterior, aunado a lo dispuesto en el artículo 93 constitucional, elevan estas normas a ser parte del bloque de constitucionalidad, lo que marca una considerable diferencia si se compara la regulación y protección de los derechos de los trabajadores, antes y después del año 1991, dado que, desde la expedición de la nueva norma constitucional y la ratificación de normas internacionales como las expedidas por la OIT, los trabajadores se encuentran cobijados en muchos más aspectos, a tal punto que los derechos laborales han cobrado el título de garantías jurídicas inalienables (Almanza, 2020).

Actualmente, Colombia ha ratificado 61 convenios expedidos por la OIT, de los cuales 49 están en vigor y entre los cuales están ocho de los diez convenios fundamentales (Organización Internacional del Trabajo [OIT], s.f.a). Acogiendo la división propuesta por Beaudonnet (como se citó en Almanza, 2020), las normas expedidas por la OIT se pueden clasificar dentro de 4 grandes ejes temáticos: 1) Libertad de asociación y reconocimiento del derecho a la negociación colectiva –Convenios 87 y 98–; 2) Eliminación de toda forma de trabajo forzoso u obligatorio –Convenios 29 y 105–; 3) Abolición efectiva del trabajo infantil –Convenios 138 y 182–; y 4) Eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación –Convenios 100 y 111–.

Colombia, como Estado miembro de la Organización Internacional del Trabajo, ha adquirido una serie de compromisos relativos al mejoramiento

de las condiciones laborales de los trabajadores y cumplimiento de unos mínimos fundamentales en materia de derechos de trabajo, en observancia de los objetivos y postulados de la política de trabajo decente planteada por la OIT. Si bien la OIT manifiesta en diversos de sus instrumentos, entre ellos la Declaración de Filadelfia de 1944, que la aplicación de las declaraciones y convenios debe hacerse teniendo en cuenta el grado de desarrollo social y económico de cada Estado, es decir, de manera progresiva. No obstante, esto no constituye una justificación para retrasar o dejar de aplicar convenios o directrices de la OIT que regulan verdaderos derechos adquiridos por los trabajadores (OIT, 1944).

Respecto al concepto de trabajo decente, el director general de la Organización Internacional del Trabajo, lo empleó por primera vez en la Conferencia Internacional del Trabajo del año 1999, argumentando que, debido al surgimiento de modelos inequitativos de la distribución de riquezas y el incremento de la desigualdad entre la población, la política de la OIT debía velar por la promoción del trabajo decente, entendido como aquel que se desarrolla en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana (OIT, 1999). Adicionalmente, se fijaron cuatro objetivos estratégicos de la política de trabajo decente, los cuales fueron desarrollados a profundidad por el Instituto Internacional de Estudios Laborales de la OIT –en adelante IIEL– (Procuraduría General de la Nación, 2010).

En dicha ocasión, el IIEL (como se citó en Procuraduría General de la Nación, 2010) precisó que, estos objetivos estratégicos no solo constituyen una meta, sino que se traducen en los componentes o elementos del concepto de trabajo decente y son los siguientes: 1) Oportunidad de empleo e ingresos: refiriéndose a la posibilidad de acceder a las diferentes formas de trabajo existentes, entre las cuales se encuentra, el empleo formal, empleo en condiciones informales y el autoempleo. Este elemento se materializa o traduce en la suficiencia de la oferta de empleo en determinado país, para satisfacer la demanda del mismo. Si la remuneración es la adecuada para asegurar calidad de vida digna al trabajador y su familia, y si las condiciones de desarrollo de las labores son dignas; 2) Derechos de los trabajadores: constituyen el elemento normativo laboral que busca la protección y garantía de los derechos y libertades de los trabajadores, por lo cual, está condicionado tanto a su reconocimiento como aplicación efectiva por las instituciones estatales; 3) Protección social: entendido como la necesidad de brindar tanto al trabajador como a su familia, protección frente a las

contingencias de enfermedad, invalidez, maternidad, vejez, desempleo, muerte entre otras; 4) Diálogo social: este componente busca asegurar, la comunicación entre los trabajadores, empleadores y el Estado, basado en el sistema de comunicación tripartita adoptada por la OIT, esto con miras a solucionar conflictos del sector laboral.

Es así como, a partir del año 1991, el eje central del derecho laboral colombiano es la Carta Política, de la cual se deriva el carácter fundamental del derecho al trabajo y la seguridad social, a tal punto de adoptar una triple calidad, dado que constitucionalmente el trabajo es considerado como principio, deber y derecho (Procuraduría General de la Nación, 2010). Esto ha permitido que, a través de mecanismos judiciales como la acción de tutela y la acción pública de constitucionalidad, se establezca una corriente jurisprudencial garantista de los derechos laborales, e incluso se suplan vacíos legales y normativos derivados de la insuficiencia de la labor legislativa.

Con miras a desarrollar el tema materia del presente artículo, se procederá a estudiar y especificar las figuras normativas con las que actualmente cuenta el ordenamiento jurídico laboral colombiano, para proteger y garantizar los derechos de los trabajadores con familiares dependientes en situación de enfermedad y que requieran asistencia.

2. DERECHOS Y GARANTÍAS DE LOS TRABAJADORES CON FAMILIARES DEPENDIENTES EN SITUACIÓN DE ENFERMEDAD EN EL MARCO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO LABORAL COLOMBIANO

Actualmente, Colombia cuenta con diversidad de tipos de familias, diferentes al modelo tradicional conformado por dos padres y sus hijos, encontrando en su gran mayoría núcleos familiares integrados por una madre o padre, cabeza de familia a cargo de hijos, hermanos u otros familiares que requieren ciertos tipos de cuidados. Respecto al cuidado de hijos o familiares dependientes que se encuentran en situación de enfermedad o dependen de un tercero para su subsistencia, lo normal es que esta responsabilidad recaiga exclusivamente en las mujeres, quienes históricamente han asumido el rol de cuidadoras del hogar, representando un riesgo para su salud física, psicológica y social (Cruz et al., 2017).

Cruz et al. (2017) consideran que, dicha carga impuesta a las mujeres se debe a que existe un posicionamiento sociocultural, que tiende a señalar a las mujeres como las personas idóneas para estas labores, a saber:

Las mujeres tienden a interiorizar el cuidado y contemplarlo como una competencia de estricta responsabilidad personal, lo que les orilla a asumir la carga total de cuidado, no delegar responsabilidades sobre el mismo y poner en riesgo su propio autocuidado (párr. 16).

Ahora bien, adicionalmente a la obligación de cuidado con sus familiares dependientes, los responsables del hogar o el núcleo familiar, generalmente desempeñan el rol de trabajadores, razón por la cual es necesario, existan herramientas que permitan cumplir con los roles laborales y familiares, sin entrar a perjudicar derechos fundamentales propios o de terceros.

De la revisión del ordenamiento jurídico colombiano, se encuentra que los trabajadores con familiares dependientes en situación de enfermedad, cuentan únicamente con dos figuras legales para acudir y cumplir sus deberes de cuidado: la licencia o permiso por grave calamidad doméstica y las licencias no remuneradas. Estas figuras varían, dependiendo del sector al que pertenezca el trabajador, sea el sector privado o el sector público. A continuación, se abordará cada figura y su reglamentación legal, para finalmente estudiar la complementación y regulación de estas figuras a través de la jurisprudencia constitucional.

2.1 Licencia por grave calamidad doméstica y licencia no remunerada en el sector privado

El Código Sustantivo del Trabajo, en su artículo 57, consagra una serie de obligaciones especiales del empleador. Precisamente en el numeral 6, se estableció el deber de conceder las licencias necesarias para que el ejercicio de actividades como: “el ejercicio del sufragio; para el desempeño de cargos oficiales transitorios de forzosa aceptación; **en caso de grave calamidad doméstica debidamente comprobada**” (Código Sustantivo del Trabajo [C.S.T.], 1950, art. 57) (negrita fuera de texto) entre otras situaciones. Al finalizar el numeral, la norma contempla la posibilidad de regular las condiciones para otorgar las licencias enunciadas, mediante los reglamentos de trabajo.

Respecto al concepto, alcance, requisitos, forma y remuneración de la licencia en caso de grave calamidad doméstica, la norma guardó silencio,

dado que solo se estableció que dicha situación deberá ser debidamente comprobada y facultativamente puede ser regulada en los reglamentos de trabajo internos de cada empresa. Así entonces, en principio, se puede concluir, que depende del arbitrio del empleador, determinar qué situaciones se pueden contemplar como una grave calamidad doméstica, y la concesión de una licencia, remunerada o no.

Inicialmente, el artículo 57, numeral 6 del Código Sustantivo del Trabajo, determinaba que, el empleador tenía la facultad de descontar del salario o exigir compensación en tiempo al trabajador, por los días concedidos bajo el término de las licencias mencionadas; no obstante, este aparte fue demandado por inconstitucionalidad en el año 2009, dado que los accionantes consideraban que dicho aparte iba en contravía del preámbulo de la Constitución Política, los fines esenciales del Estado, el trabajo en condiciones dignas, entre otros derechos (Corte Constitucional, Sala Plena, C-930, 2009).

En virtud de lo anterior, en la sentencia C-930 de 2009, la Corte Constitucional determinó que la obligación de conceder licencias a los trabajadores se deriva del respeto a los principios de solidaridad y dignidad humana, así como el respeto de los derechos de los trabajadores. Posteriormente, refiriéndose específicamente a la licencia en caso de grave calamidad doméstica, se reiteró que, si bien el Código Sustantivo del Trabajo no definió que es una grave calamidad doméstica, esta debe ser entendida como:

Todo suceso familiar cuya gravedad afecte el normal desarrollo de las actividades del trabajador, en la cual pueden verse amenazados derechos fundamentales de importancia significativa en la vida personal o familiar del mismo, como por ejemplo una grave afectación de la salud o la integridad física de un familiar cercano –hijo, hija, padre, madre, hermano, cónyuge o compañero–, el secuestro o la desaparición del mismo, una afectación seria de la vivienda del trabajador o de su familia por caso fortuito o fuerza mayor, como incendio, inundación o terremoto, para citar algunos ejemplos. Todas estas situaciones, u otras similares, pueden comprometer la vigencia de derechos fundamentales de los afectados, o irrogarles un grave dolor moral, y los obligan a atender prioritariamente la situación o la emergencia personal o familiar, por lo cual no están en condiciones de continuar la relación laboral prestando su servicio personal, existiendo un imperativo de rango constitucional para suspender el contrato de trabajo. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-930, 2009)

Finalmente, el Tribunal Constitucional resolvió declarar inexecutable el apartado demandado, dado que permitir al empleador descontar del salario o exigir al trabajador compensar el tiempo que fue concedido para gozar de una licencia, iba en contravía de principios constitucionales y representaba una vulneración de derechos fundamentales de los trabajadores y su familia (Corte Constitucional, Sala Plena, C-930, 2009).

Dado que el fallo constitucional mencionado es de gran relevancia para el tema desarrollado en el presente artículo, se estudiará de forma concienzuda en el acápite posterior sobre la regulación de la licencia por grave calamidad doméstica, a través de la jurisprudencia constitucional.

La segunda figura legal que permite al trabajador con familiares en situación de enfermedad apartarse de sus funciones sin que implique la terminación del vínculo laboral es solicitar una licencia temporal no remunerada a su empleador. Esta posibilidad se encuentra entre las causales para suspender el contrato de trabajo, que se disponen en el artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo, el numeral 4 establece que el contrato de trabajo se puede suspender “por licencia o permiso temporal concedido por el empleador al trabajador o por suspensión disciplinaria” (C.S.T., 1950, art. 51).

Nuevamente, la norma condiciona la posibilidad de conceder la licencia o permiso temporal, a la voluntad del empleador, quien es el encargado de valorar si la situación que expone el trabajador, si justifica que se ausente de su cargo. Aunado a lo anterior, dado que la licencia o permiso temporal suspende el contrato de trabajo, se deben tener en cuenta los efectos que causa dicha suspensión a la relación laboral, los cuales fueron fijados en el artículo 53 del Código Sustantivo del Trabajo. En primer lugar, la suspensión implica que el trabajador no debe cumplir con la obligación de prestar el servicio para el cual fue contratado, en consecuencia, el empleador no debe cumplir con su obligación de pagar los salarios, durante el término que dure la licencia o permiso temporal. En segundo lugar, el periodo de suspensión puede ser descontado por el empleador, al momento de liquidar cesantías y vacaciones. Finalmente, el empleador deberá cumplir con su obligación de realizar los aportes correspondientes a seguridad social en salud y pensión (C.S.T., 1950, art. 53).

De lo anterior, se puede concluir, que tanto la licencia en caso de grave calamidad doméstica como la licencia temporal no remunerada, son

garantías que, si bien son una obligación del empleador, al momento de concederla, están sometidas a la voluntad y decisión de los empleadores. Adicionalmente, la norma no fue más allá, estableciendo unos mínimos y máximos de duración de las licencias mencionadas, escenarios o situaciones que originen derecho a solicitarlas, y, en el caso de la licencia por grave calamidad doméstica, no se especifica si es una licencia remunerada o si el empleador puede determinar si se condiciona el permiso con la no cancelación de salarios durante el tiempo concedido.

2.2 El permiso remunerado en caso de calamidad doméstica y la licencia ordinaria no remunerada en el sector público

El equivalente a la licencia en caso de grave calamidad doméstica establecida para los trabajadores del sector privado, está representado en la figura del permiso remunerado para los servidores públicos. El Decreto Único Reglamentario del Sector Función Pública fijó en su artículo 2.2.5.5.17 la posibilidad del trabajador de solicitar un permiso remunerado hasta por 3 días hábiles, cumpliendo dos requisitos: el permiso se debe solicitar por escrito al nominador y debe mediar justa causa. Adicionalmente, la norma establece que, cuando el permiso se origine por una calamidad doméstica, el empleado debe informar de forma inmediata al área de recursos humanos, los motivos de la calamidad y aportar los soportes que la demuestren. Si se determina que no existió mérito suficiente para ausentarse de las funciones, se habilita al empleador de descontar los salarios por el día o días no laborados (Decreto 1083, 2015, art. 2.2.5.5.17).

La primera diferencia visible entre la regulación de la licencia por calamidad doméstica para los trabajadores del sector privado y el permiso remunerado por calamidad doméstica para servidores públicos radica en que la norma del sector público si se pronunció sobre la duración y carácter de remunerado de dicho permiso. Sin embargo, las dos figuras comparten la condición de depender del juicio del empleador, quien es el encargado de valorar si la situación aludida por el trabajador corresponde o no a una calamidad doméstica, y de serlo, conceder el permiso.

Dado el carácter limitado de la figura del permiso remunerado, el Decreto 1083 de 2015 permite que los servidores públicos puedan acceder a una licencia ordinaria no remunerada. El artículo 2.2.5.5.5 regula esta figura, determinando que, la licencia ordinaria se otorgará a solicitud escrita del trabajador y en todo caso será sin remuneración. Respecto al término

de duración, la norma fijó que podrá ser concedida hasta por sesenta (60) días hábiles al año, los cuales podrán ser continuos o discontinuos. En caso de existir justificación, se podrá solicitar al nominador, una prórroga hasta de treinta (30) días hábiles más (Decreto 1083, 2015, art. 2.2.5.5.5).

Respecto a la figura de la licencia no remunerada del sector privado, la norma del sector público regula los aspectos de requisitos y duración de la misma, adicionalmente, la norma dicta que “cuando la solicitud de esta licencia no obedezca a razones de fuerza mayor o de caso fortuito, el nominador decidirá sobre la oportunidad de concederla, teniendo en cuenta las necesidades del servicio” (Decreto 1083, 2015, art. 2.2.5.5.5).

Lo anterior permite deducir que las licencias ordinarias no remuneradas, solicitadas con fundamento en situaciones de fuerza mayor o caso fortuito, no pueden ser negadas a voluntad del empleador, lo que representa una ventaja a nivel de garantías laborales, para los servidores públicos, frente a los trabajadores del sector privado.

2.3 Los permisos remunerados y licencias no remuneradas para trabajadores de la Rama Judicial

Es relevante mencionar, que las normas que regulan el ejercicio de la administración de justicia y la carrera judicial, también consagran figuras jurídicas para atender diferentes circunstancias, entre las cuales se puede enmarcar, la necesidad de atención y cuidado por parte del trabajador, de sus familiares en situación de enfermedad.

Inicialmente, el artículo 26 del Decreto 250 de 1970, mediante el cual se expide el Estatuto de la Carrera Judicial y del Ministerio Público, determinó que los funcionarios tienen derecho a permisos remunerados en un mes, cuando media justa causa. Seguidamente en el artículo 27 se establece la figura de la licencia no remunerada, con una duración hasta de tres meses en el año (Decreto 250, 1970, art. 27).

Posteriormente, el permiso remunerado y la licencia no remunerada para los servidores públicos de la Rama Judicial se reglamentaron en la Ley 270 de 1996, mediante la cual se expidió la Ley Estatutaria de Administración de Justicia. La ley determinó en su artículo 142, que la licencia no remunerada, podrá tener una duración hasta de tres (3) meses por cada año calendario, de forma continua o discontinua, y el empleador deberá considerar las necesidades del servicio a la hora de concederla (Ley

270, 1996, art. 142). Por otro lado, el artículo 144 estableció, que el permiso remunerado se concederá únicamente cuando medie causa justificada y sea solicitado por escrito por el funcionario, dependiendo enteramente del superior del empleado, si autoriza o no su concesión (Ley 270, 1996, art. 144).

2.4 La figura de la calamidad doméstica en la jurisprudencia de la Corte Constitucional: precedente jurisprudencial y su aplicación en fallos de tutela

En el año 2009 se interpuso demanda de inconstitucionalidad, con el fin de que se declare inexecutable el aparte del numeral 6 del artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo, que facultaba a los empleadores exigir al trabajador compensar el tiempo otorgado para licencias o descontarlo del salario del trabajador. Los demandantes consideraban, que esta disposición atentaba contra los postulados de la dignidad humana, el patrimonio y derechos de los trabajadores, el principio de solidaridad y el deber de especial protección a la familia, dado que los trabajadores deben ausentarse de sus labores por motivos insuperables y con el objetivo de atender obligaciones de diferente índole (Corte Constitucional, Sala Plena, C-930, 2009).

Ahora bien, siguiendo la línea de estudios planteada en el presente artículo, se resaltarán los postulados planteados por la Corte Constitucional referentes al fundamento, concepto y alcance de las licencias concedidas por grave calamidad doméstica.

Inicialmente, el Tribunal hizo un estudio sobre el alcance de la norma demandada y su interpretación en armonía a normas posteriores que regulan las licencias por luto, la licencia para ejercicio del sufragio, licencia para desempeño de cargos oficiales transitorios de aceptación forzosa y las licencias para desempeñar funciones sindicales, dado que era necesario determinar, que a pesar de las modificaciones y regulaciones posteriores, el numeral 6 del artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo aún se encontraba vigente. Posteriormente, la Corte entra a resolver el problema jurídico, para lo cual inicia reiterando que, el trabajo es un derecho fundamental, que, en conjunto con el principio de dignidad humana, representan uno de los fines mismos del Estado social de derecho, razón por la cual, se debe ejercer en condiciones que no impliquen concebir al trabajador como un objeto, sino como un sujeto de la relación laboral (Corte Constitucional, Sala Plena, C-930, 2009).

Es así como, si bien uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo es la continuada subordinación o dependencia del trabajador frente al empleador, dicha facultad aplica únicamente para exigir el cumplimiento de las actividades o propósitos para lo cual se suscribió el contrato, y, bajo ninguna circunstancia, las órdenes o reglamentos establecidos por el empleador, pueden afectar el honor, dignidad o los derechos del trabajador. Esto significa, que la subordinación derivada de la relación laboral está limitada. Ahora bien, para la Corte Constitucional, la subordinación encuentra un límite en el deber constitucional de solidaridad:

En efecto, el artículo 95 superior, al referirse a los deberes de las personas, recoge aquel conforme al cual a todos corresponde “*obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas*”. Así pues, cuando los trabajadores están en tal clase de situaciones, es deber del empleador responder de forma humanitaria, por lo cual sus órdenes no deben impedir que el empleado pueda superar razonablemente tal clase de “*calamidades*”. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-930, 2009)

Dado que el Código Sustantivo del Trabajo no precisó el concepto de calamidad doméstica, la Corte la definió como “todo suceso familiar cuya gravedad afecte el normal desarrollo de las actividades del trabajador, en la cual pueden verse amenazados derechos fundamentales de importancia significativa en la vida personal o familiar del mismo” (Corte Constitucional, Sala Plena, C-930, 2009). Entre los ejemplos más comunes de situaciones de calamidad doméstica, está la grave afectación a la salud de un familiar cercano, daños a la vivienda del trabajador o su familia derivados de un incendio, terremoto o inundación, entre otras circunstancias.

Para el Tribunal Constitucional, la suspensión temporal de la prestación del servicio no obedece a la voluntad del empleador, ni a la voluntad del trabajador, pues se deriva de circunstancias ajenas, en la mayoría de ocasiones, constitutivas de fuerzas mayor o caso fortuito, no obstante, al ser situaciones personales o familiares del trabajador, se podría entender que, el peso del reconocimiento de la licencia debe recaer en este último, lo que justificaría la norma demandada (Corte Constitucional, Sala Plena, C-930, 2009).

Sin embargo, a criterio de la Corte, se debe considerar lo dispuesto por el principio de solidaridad y el deber constitucional de responder humanitariamente a situaciones que pongan en peligro la vida o salud de

las personas, que, en armonía al derecho al trabajo digno, implica actuar sin desconocer las necesidades mínimas del trabajador. Es por ello que, recae en el empleador la obligación de apoyar y brindar soporte en las situaciones de grave calamidad doméstica debidamente comprobada, concediendo por un lapso razonable, una licencia obligatoria y remunerada, que permita al trabajador superar su dificultad sin ver afectado su mínimo vital o su derecho al descanso.

Para determinar la duración de la licencia por calamidad doméstica y el periodo mínimo durante el cual esta licencia será remunerada, la Corte acude al principio de razonabilidad, dado que dependerá de cada caso concreto, por ende, el empleador y el trabajador deberán convenir la extensión temporal de la licencia remunerada, sopesando las particularidades del caso, por un lado, la gravedad de la calamidad, la presencia o ausencia de otros familiares que puedan apoyar y contribuir en la superación de la misma y los recursos materiales o morales de vida del trabajador. Por otro lado, se debe tener en cuenta la afectación a la labor encargada al trabajador y su repercusión en la empresa (Corte Constitucional, Sala Plena, C-930, 2009).

En virtud de lo anterior:

La Corte [resolvió declarar] inexecutable la expresión *“salvo convención en contrario, el tiempo empleado en estas licencias puede descontarse al trabajador o compensarse con tiempo igual de trabajo efectivo en horas distintas de su jornada ordinaria, a opción del empleador”* contenida en el numeral 6° del artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-930, 2009)

Además de eliminar la carga impuesta al trabajador, de compensar el tiempo concedido para el goce de una licencia por grave calamidad doméstica o permitir que los días sean descontados del salario recibido, la sentencia C-930 de 2009 constituye un pronunciamiento hito en materia de protección de derechos fundamentales de los trabajadores y sus familiares, que se encuentren en situación de calamidad doméstica debido a enfermedad o afectación a la integridad. Lo dispuesto en dicho fallo, ha permitido la resolución de conflictos derivados de la negativa de empleadores, en conceder o permitir al trabajador una licencia para atender situaciones específicas de cuidado a sus familiares en condición de enfermedad (Corte Constitucional, Sala Plena, C-930, 2009). A continuación, se estudian tres fallos de tutela relevantes, en los cuales la Corte Constitucional analiza

el deber de conceder licencias en virtud de situaciones de calamidad doméstica.

En la sentencia T-489 de 2014, la Corte analizó el caso de Diana María Medina, trabajadora de la empresa Avianca S.A., residente en la ciudad de Medellín, quien solicitó a su empleador, traslado a la ciudad de Bogotá, dado que su hijo menor de edad padece autismo, y el tratamiento requerido solo se brindaba en la ciudad de Bogotá. La respuesta del empleador fue negativa, aludiendo que no existían vacantes disponibles. La accionante envió nuevamente una petición, en esa ocasión solicitó nuevamente el traslado y de forma subsidiaria se conceda una licencia por grave calamidad doméstica, hasta que el traslado fuera posible. Avianca S.A. dio respuesta en el sentido de reiterar que no existían vacantes disponibles en la ciudad de Bogotá, pero no se pronunció respecto a la solicitud de la licencia por grave calamidad doméstica, razón por la cual la trabajadora interpuso acción de tutela (Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión, T-489, 2014).

En primera instancia, se concedió el amparo constitucional, dado que Avianca S.A. no respondió de fondo, de manera clara y precisa, la negativa a la licencia por grave calamidad doméstica, no obstante, en segunda instancia se revocó el fallo, dado que se consideró que la respuesta dada por el empleador si fue precisa y clara, configurándose un hecho superado (Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión, T-489, 2014).

En esta ocasión, la Corte reiteró que, aun cuando existan medios de defensa judicial en la jurisdicción ordinaria laboral, se debía valorar la condición del hijo de la accionante, dado que, por su diagnóstico de autismo, es imperativo que esté cerca de sus padres y se evite su separación, tal como recomendó su médico tratante en documento aportado como prueba, y que Avianca S.A. no desvirtuó. Sobre la solicitud de traslado laboral, el empleador se limitó a dar una respuesta negativa, sin cumplir con la obligación de explicar a su trabajadora, la necesidad de que existan vacantes disponibles para ejecutar el traslado, ni demostró que la planta de personal no cuenta con un cargo similar en la ciudad de Bogotá (Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión, T-489, 2014).

Aunado a lo anterior, Avianca S.A. no se pronunció de forma completa y de fondo frente a la petición de conceder una licencia por grave calamidad doméstica, desconociendo lo consignado en el artículo 57 numeral 6 del Código Sustantivo del Trabajo y el precedente fijado en la sentencia C-930

de 2009, que estableció el deber constitucional del empleador, de definir en cada caso concreto, de mutuo acuerdo y analizando las circunstancias y la gravedad de la situación, el tiempo durante el cual la trabajadora podría disfrutar de una licencia por grave calamidad doméstica remunerada, para que la madre pueda atender el autismo de su hijo, mientras se dan las condiciones que posibiliten el traslado a la ciudad de Bogotá (Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión, T-489, 2014).

En consecuencia, la Corte Constitucional decidió revocar la sentencia de segunda instancia y en su lugar conceder el amparo a los derechos fundamentales de petición y protección familiar, invocados por la trabajadora, en consecuencia, se ordenó dar respuesta de fondo a la solicitud de traslado y de concesión de licencia por calamidad doméstica, de conformidad a lo dispuesto en la sentencia C-930 de 2009. Adicionalmente, se ordenó a Avianca S.A., disponer lo necesario para que, en un término prudente, se capacite a los integrantes de la Gerencia de Relaciones Laborales en un curso de derechos humanos y la relevancia de cumplir con las decisiones de constitucionalidad (Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión, T-489, 2014).

Sobre el segundo fallo de tutela relevante, en el año 2015, el Tribunal Constitucional conoce el caso de Josefina Vera Hernández, trabajadora de la rama judicial en el cargo de escribiente y madre cabeza de familia, quien solicitó a su jefe inmediato permiso para ausentarse de sus labores con fundamento a que su hijo menor de edad sufrió un infarto cerebral, que conllevó su hospitalización y necesidad de cuidado (Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión, T-113, 2015). El juez, quien funge como jefe inmediato de la accionante, concedió permiso remunerado durante 3 días, no obstante, la trabajadora solicitó la ampliación del término de la licencia, con fundamento al certificado médico, que establecía la necesidad de que la señora Josefina Vera en calidad de madre del menor, prestara acompañamiento permanente, por tratarse de un paciente de alto riesgo. La licencia por grave calamidad doméstica de carácter remunerado, solo fue concedida durante los 3 días que consagra la ley para los trabajadores de la rama judicial, por lo cual la accionante solicitó, mediante acción de tutela, que la licencia por calamidad doméstica sea remunerada por todos los días que estuvo pendiente de la recuperación de su hijo, es decir desde el día 14 de julio hasta el día 25 de julio cuando el menor obtuvo el alta médica y en consecuencia se ordene el pago de los días de salario adeudados.

Adicionalmente, que, en futuras ocasiones, se ordene al empleador conceder los permisos labores a los que haya lugar, para el acompañamiento del menor a citas médicas, exámenes y terapias, hasta su recuperación. En primera instancia, se declaró la acción improcedente, por carencia actual de objeto, dado que el menor ya no se encontraba hospitalizado. En segunda instancia se confirmó la decisión, bajo las mismas consideraciones (Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión, T-113, 2015).

En la parte motiva del fallo, se reitera como la jurisprudencia constitucional ha sostenido que, la facultad subordinante del empleador, encuentra límites en principios como la dignidad humana, los derechos mínimos de los trabajadores y las normas que regulan las relaciones laborales. Dentro del conjunto de normas laborales, se encuentra la obligación de conceder licencias y permisos para atender la circunstancia específica de calamidad doméstica debidamente comprobada, que para el caso de los servidores públicos que pertenecen a la Rama Judicial, se encuentra en el artículo 144 de la Ley 270 de 1996 (Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión, T-113, 2015). Seguidamente, se resalta lo dispuesto en la sentencia T-113 de 2015, donde se interpretó el significado de grave calamidad doméstica, para darle la aplicación en el caso concreto, concluyendo lo siguiente:

La protección constitucional recae, principalmente, sobre el menor. No se trata del derecho de la trabajadora de la rama judicial a obtener premios remunerados adicionales a los que la normatividad para ella permite, sino, al derecho fundamental del menor, a ser atendido por su madre, cuando el médico tratante así lo requiera. Entonces, los permisos solicitados por la accionante, que no son capricho de ella, y que no son imputables a su conducta, pretenden salvaguardar los derechos fundamentales y en particular el derecho a la vida digna de un sujeto de especial protección constitucional no solo en su calidad de menor de edad sino también por su precario estado de salud, de acuerdo a los principios y mandatos constitucionales de prevalencia de los derechos de los niños y el interés superior del menor. (Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión, T-113, 2015)

Así entonces, el empleador debió valorar, a la luz del principio de razonabilidad, la situación de la trabajadora y su hijo, buscando alternativas diferentes a negar el pago de los permisos remunerados, que contrarresten el perjuicio ocasionado por la ausencia de la trabajadora, como permitir el trabajo en casa de forma temporal, durante el tiempo necesario para la recuperación del menor.

La Corte Constitucional decidió declarar la carencia actual de objeto frente a la primera pretensión de la acción, dado que la hospitalización del menor había finalizado. No obstante, respecto a la segunda pretensión, se revocó el fallo de segunda instancia, y en su lugar se ordenó al empleador, conceder los permisos necesarios para que la trabajadora pueda atender el proceso de recuperación y rehabilitación de su hijo menor de edad, durante el término que el médico tratante considere imprescindible el acompañamiento, por lo cual siempre deberá mediar orden médica donde se consigne de forma expresa la duración y la necesidad de acompañamiento permanente de la madre del paciente. En dichos casos, el empleador cuenta con la facultad de aplicar medidas para que no se afecte la prestación del servicio (Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión, T-113, 2015).

En el último fallo estudiado, mediante sentencia T-460 de 2018, la Corte resuelve el amparo constitucional solicitado por Kelly Carolina Zapata, en calidad de madre y representante de su hijo menor de edad Martín Mera. La accionante manifestó que se encontraba vinculada con la ESE Hospital San Jorge de Pereira, durante el desarrollo de dicha relación laboral, se vio en la necesidad de solicitar una licencia para ausentarse de su cargo y atender a su hijo menor de edad, quien por quebrantos de salud fue hospitalizado. El empleador concedió durante el 27 de mayo de 2017 al 14 de octubre del mismo año, licencias ordinarias no remuneradas, para que la trabajadora atienda la calamidad doméstica comprobada. No obstante, una vez transcurrido el término máximo que la norma establece para el disfrute de licencias ordinarias no remuneradas, el empleador requirió a la trabajadora reintegrarse a sus funciones. La accionante, mediante petición radicada el día 25 de octubre de 2017, solicitó se continúe otorgando la licencia para cuidar de su hijo, sin que implique su desvinculación del cargo, dado que la evolución del menor no era favorable, y se encontraba pendiente procedimiento de trasplante de médula ósea, donde la madre del menor sería la donante (Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, T-460, 2018).

El empleador no accedió a la petición y convocó a la trabajadora a realizar descargos por ausentismo, para finalmente declararla insubsistente y finalizar la relación laboral. La trabajadora interpuso acción de tutela, buscando la salvaguarda de los derechos fundamentales de su hijo menor de edad, a la salud, vida digna y mínimo vital. En consecuencia, solicitó, se ordene al Hospital San Jorge, reintegre a la accionante y conceda los

permisos necesarios para atender las necesidades del menor. En primera y segunda instancia, se negó el amparo, argumentando que el empleador otorgó los permisos laborales que consagra la legislación laboral para servidores públicos, por el máximo de 90 días, para que la trabajadora acompañe al menor de edad en su tratamiento médico. Adicionalmente, se sostuvo que la accionante no demostró que la situación genere un perjuicio irremediable, que hiciera procedente la acción de tutela, pues no acreditó ser madre cabeza de familia, ni la ausencia de familiares que puedan acompañar al menor en su lugar (Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, T-460, 2018).

La Corte Constitucional, planteó como problema jurídico, determinar si existe vulneración de los derechos al trabajo, mínimo vital, a la seguridad social, y el principio de interés superior de los niños, si basados en la norma laboral, solo se autorizan licencias ordinarias no remuneradas por un término máximo de 90 días, en situaciones de grave calamidad doméstica y se niega la prórroga de la licencia, declarando la vacancia del cargo (Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, T-460, 2018).

En principio, la Corte estudia la normativa que regula las relaciones laborales del sector público, en la cual se dispone, que la calamidad doméstica es causal de justificación, para que se conceda permiso remunerado por un lapso de tiempo limitado o licencia no remunerada, que permita al servidor público atender las circunstancias de orden personal o familiar, por un término más prolongado. Ninguna de estas figuras conlleva la terminación del vínculo con la entidad (Presidencia de la República de Colombia, 2015). Si bien la normativa pertinente establece unos máximos de duración del permiso remunerado y la licencia ordinaria no remunerada, la Corte a través de su jurisprudencia consagró que existen casos excepcionales, que van más allá del marco legal, que implican la valoración de las condiciones específicas en las que se presenta la calamidad doméstica, y que la aplicación estricta de la norma referente a la duración de las licencias concedidas en estos casos, podría derivar en una decisión del empleador que vulnere principios y derechos fundamentales, como la dignidad humana y el principio de solidaridad (Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, T-460, 2018).

La Corte manifestó, adicionalmente, que varios países con economías de mercado consideradas como desarrolladas, han establecido en su legislación laboral, la obligación de conceder licencias por urgencia familiar

o cuidado de dependientes, por el tiempo que sea necesario y con diferentes condiciones respecto a la remuneración, a saber:

Así, se encontró que, en Noruega, Italia y los Países Bajos, la licencia por urgencia familiar o cuidado de dependientes, es decir, para atender a un familiar enfermo de gravedad, ha sido reconocida por todo el tiempo necesario y remunerada. En Francia, España, Reino Unido, Japón y Finlandia, también se ha concedido por todo el tiempo necesario, pero al contrario del anterior escenario jurídico no da lugar a remuneración económica. Además de los anteriores países, existen otros casos donde se limita el tiempo de duración, como sucede con Irlanda, que ha consagrado 65 semanas remuneradas y en Bélgica, igualmente remuneradas. En Australia, Canadá, Dinamarca y Portugal también se ha delimitado el tiempo, esta vez a una licencia de 12 a 18 semanas remuneradas. (Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, T-460, 2018)

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Constitucional determinó, que, en obediencia a la Constitución, la legislación laboral y el precedente jurisprudencial sobre las licencias por grave calamidad doméstica, el caso concreto de la accionante desbordaba el marco legal aplicable, y, en consecuencia, el empleador debió conceder la licencia por el término requerido para superar la situación personal o familiar, determinando un lapso razonable de remuneración cada mes a cargo del empleador (Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, T-460, 2018).

Finalmente, la Corte concluyó, que el empleador incurrió en violación de los derechos fundamentales al trabajo y al mínimo vital de la trabajadora e igualmente, desconoció los principios de interés superior de los niños y la solidaridad social, al negarse a conceder a la accionante licencia por grave calamidad doméstica remunerada por un plazo razonable y en su lugar, desvincular a la trabajadora y declarar vacante su cargo, sin razones objetivas y legítimas. Es por ello que se revocó el fallo que negó el amparo constitucional y en su lugar se ordenó al empleador, el reintegro de la accionante a su cargo o uno similar, dejando sin efectos la resolución mediante la cual se declaró el abandono de las funciones (Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, T-460, 2018).

Una vez abordado el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional, se puede concluir, que la normativa laboral del sector público y privado referente al deber de conceder licencias en caso de grave calamidad doméstica, derivada de la enfermedad del familiar del trabajador,

no es suficiente para garantizar el derecho al trabajo digno y la salvaguarda de los derechos fundamentales del trabajador y sus familiares. En virtud de lo anterior, los trabajadores deben acudir a medios judiciales como la acción de tutela, ante la negativa de los empleadores de conceder los permisos necesarios para atender las obligaciones derivadas del deber de cuidado de sus familiares, con la finalidad de que sea el Juez constitucional, quien ordene el otorgamiento de dichas licencias.

Sin embargo, aun cuando existen subreglas jurisprudenciales a partir de la sentencia C-930 de 2009 y posteriores fallos de la Corte Constitucional que rectifican lo dispuesto, aún se presentan fallos judiciales que niegan el amparo constitucional y permiten la vulneración de derechos fundamentales de trabajadores y sus familiares en situación de enfermedad, dejando entrever la necesidad de que exista una regulación normativa más clara, precisa y detallada de las licencias concedidas para la atención y cuidado de estos sujetos de especial protección.

Para concluir este artículo, se abordará la normativa de la Organización Internacional del Trabajo respecto a los trabajadores con responsabilidades familiares y como algunos países miembros han implementado este instrumento en sus legislaciones internas, como una alternativa frente al déficit que presenta la legislación colombiana frente a la materia.

3. CONVENIO NÚMERO 156 DE LA OIT, RELATIVO A LOS TRABAJADORES CON RESPONSABILIDADES FAMILIARES Y SU IMPLEMENTACIÓN EN LA LEGISLACIÓN DE ALGUNOS PAÍSES MIEMBROS

Colombia, como Estado miembro de la Organización Internacional del Trabajo, ha adquirido una serie de compromisos relativos al mejoramiento de las condiciones laborales de los trabajadores y cumplimiento de unos mínimos fundamentales en materia de derechos de trabajo, todo en observancia de los objetivos y postulados de la política de trabajo decente planteada por la OIT. Si bien la OIT manifiesta en diversos de sus instrumentos, entre ellos la Declaración de Filadelfia, del año 1944, que la aplicación de las declaraciones y convenios debe hacerse teniendo en cuenta el grado de desarrollo social y económico de cada Estado, es decir, de manera progresiva, esto no constituye una justificación para retrasar o dejar de aplicar convenios o directrices de la OIT que regulan verdaderos derechos adquiridos por los trabajadores (OIT, 1944).

Uno de los instrumentos fundamentales expedidos por la Organización Internacional del Trabajo, fue la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, adoptada en el año 1998. En dicha declaración se recuerda a los Estados miembros que, al incorporarse libremente a la OIT, aceptan los principios y derechos que se consagran en su Constitución en la Declaración de Filadelfia, y se comprometen a cumplir los objetivos de la organización dentro de sus posibilidades, dado que se trata de derechos y obligaciones fundamentales tanto dentro como fuera de la Organización. Entre los compromisos reafirmados en esta declaración, se encuentra la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación (OIT, 1998).

En el año 1981, en observancia a que los Convenios existentes hasta la fecha, no se pronuncian específicamente sobre las distinciones que se realizan a los trabajadores, teniendo como fundamento las responsabilidades familiares que estos pudieran tener, y reconociendo la necesidad que garantizar una igualdad de condiciones y oportunidades para los trabajadores que cuenten con dichas responsabilidades respecto a los demás trabajadores, la OIT expide el Convenio No. 156 relativo a los trabajadores con responsabilidades familiares (OIT, 1981a). Este convenio tiene como sujetos de aplicación, a los trabajadores y trabajadoras con responsabilidades hacia sus hijos u otros miembros de su familia directa, que de forma evidente necesiten de su cuidado, limitando así sus posibilidades para prepararse para la actividad económica, ingresar y permanecer en ella. Así entonces, los trabajadores que cumplan con estas condiciones se denominarán trabajadores con responsabilidades familiares (OIT, 1981a).

La disposición relevante que conllevó la expedición de este convenio, fue la creación de un nuevo compromiso para los Estados miembros, que consiste en lo siguiente:

Cada Miembro deberá incluir entre los objetivos de su política nacional el de permitir que las personas con responsabilidades familiares que desempeñen o deseen desempeñar un empleo ejerzan su derecho a hacerlo sin ser objeto de discriminación y, en la medida de lo posible, sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales. (OIT, 1981a, art. 3)

Con miras a complementar y dar claridad sobre este nuevo objetivo, la OIT (1981b) expidió la Recomendación No. 165 sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, manifestando que, los Estados Miembros

deben tener dentro de las metas fijadas para las políticas nacionales, permitir a los trabajadores con responsabilidades familiares acceder y permanecer en un empleo, sin ser objeto de discriminación y preferiblemente, sin generar un conflicto entre sus obligaciones laborales y su deber de cuidado para sus familiares.

Seguidamente, se recomienda adoptar medidas tendientes a garantizar que los trabajadores con responsabilidades familiares “puedan integrarse y permanecer en la fuerza de trabajo, así como reintegrarse a ella tras una ausencia debida a dichas responsabilidades” (OIT, 1981b, párr. 12).

Entre las condiciones de empleo que deben cumplir los Miembros frente a estos trabajadores, la OIT (1981b) sugiere la reducción progresiva de la jornada de trabajo y las horas extraordinarias, flexibilidad de los horarios laborales, organización de periodos de descanso y vacaciones, y, finalmente, la posibilidad de que los trabajadores con responsabilidades familiares cuenten con la posibilidad de obtener permiso en caso de enfermedad de hijo u otro miembro de su familia directa que necesite de su cuidado.

Ahora bien, según la OIT (s.f.b), actualmente el Convenio No. 156 ha sido ratificado por 45 Estados Miembros, entre los cuales se encuentran: Venezuela -1984-; España -1985-; Perú -1986-; Uruguay -1989-; Chile -1994-; Guatemala -1994-; Bolivia (1998); El Salvador -2000-; Paraguay -2007-; Ecuador -2013-; Costa Rica -2019-, entre otras naciones. A continuación, se explicará, como algunos de estos Estados Miembros, en cumplimiento del compromiso internacional adquirido, adecuaron su legislación interna para garantizar los derechos de los trabajadores con responsabilidades familiares.

3.1 Ayudas sociales para trabajadores con responsabilidades familiares en España y Países Bajos

En el año 2016, el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad de España (MISAN, 2016), expidió la *Guía de ayudas sociales y servicios para las familias*, donde se resumen los instrumentos con los que cuentan los trabajadores, para afrontar diferentes situaciones de responsabilidad familiar. En primer lugar, se concibe la posibilidad de que los trabajadores soliciten la reducción de la jornada laboral, por diferentes razones, como alimentar al recién nacido menor de nueve meses, para cuidar de familiares

u otros. La concesión de esta reducción no afecta el cargo que desempeñe el trabajador ni sus derechos, solo se realizará la reducción del salario con proporción al cambio solicitado.

Los trabajadores que están facultados para solicitar la reducción de la jornada laboral, serán quienes tengan la guarda legal o cuidado directo de un menor de doce años, o de una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial que dependa económicamente del trabajador, inclusive aplica para los trabajadores que tenga bajo su cuidado un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad como abuelos de ambos cónyuges, nietos, padre, madre, hermanos, cónyuge, hijos, cuñados, suegros y que por su edad, o por haber tenido un accidente o padecer una enfermedad no pueda valerse por sí mismo y no realice ninguna actividad económica que le brinde sustento (MISAN, 2016).

Respecto al límite de reducción de la jornada de trabajo, se podrá reducir la jornada laboral, mínimo en una octava parte de la jornada diaria y máximo la mitad. El trabajador tiene derecho a decidir cuál será el horario y la duración del permiso, condiciones que podrán ser reglamentadas mediante convención colectiva. Finalmente, el trabajador debe informar a su empleador y solicitar el permiso, 15 días antes del día en que se pretenda inicie la reducción de la jornada laboral, salvo los casos de fuerza mayor (MISAN, 2016).

Finalmente, cuando la reducción de la jornada laboral, no sea suficiente para que el trabajador pueda cumplir con sus responsabilidades familiares, podrá solicitar una excedencia, que se define como “el permiso a que tiene derecho el/la trabajador/a durante un período de tiempo, pero sin derecho a seguir recibiendo el salario que venía cobrando” (MISAN, 2016, p. 33). La excedencia conlleva que el trabajador no recibirá salario por parte del empleador, pero se mantendrá el vínculo laboral y durante el primer año, este tiempo será contabilizado para efectos de aportes a seguridad social.

Por otro lado, el documento oficial Notas OIT: Trabajo y Familia, No. 6 relativo a Licencias y responsabilidades familiares, citó la Ley sobre trabajo y Cuidado Familiar de Países Bajos, que establece el derecho de los trabajadores a tomar una licencia para el cuidado de miembros de la familia o por emergencias, la cual podrá ser de corto plazo, en el caso de cuidado de familiares, estableciendo como término máximo diez días al año que serán

remunerados al nivel del salario mínimo o al 70 % del salario pactado, el que resulte más beneficioso para el trabajador (OIT, 2009).

3.2 Implementación normativa de las licencias para trabajadores con responsabilidades familiares en el ordenamiento interno de Chile, Bolivia y Perú

En virtud del compromiso adquirido en el año 1998, al ratificar el Convenio No. 156 relativo a los trabajadores con responsabilidades familiares (OIT, s.f.b), el presidente de Bolivia, Evo Morales Ayma decidió dar un paso más allá, y en el año 2013, expidió el Decreto Supremo No. 1455, mediante el cual se crea:

El beneficio de 'Licencia Especial' a todas las madres, padres, tutores y responsables que trabajen en el sector público y privado que tengan hijos menores de doce años que requieran atención personal con motivo de un accidente grave o enfermedad grave. (Decreto Supremo No. 1455, 2013, art. 1)

El decreto permite que se conceda licencia especial remunerada, hasta por tres días hábiles, en caso de accidente grave o enfermedad de menor de doce años, que sea hijo o esté bajo custodia del trabajador, siempre que medie el aporte del documento que compruebe la baja médica del menor. La disposición aplica para los trabajadores del sector privado y los funcionarios del sector público que no estén cobijados por el Estatuto del funcionario Público (Decreto Supremo No. 1455, 2013). Se observa como la norma, establece la obligación del empleador de conceder la licencia especial, en todos los casos que se compruebe o aporte la certificación médica del menor, sin dar lugar a que dependa del arbitrio del empleador, si la razón es suficiente para justificar la ausencia del trabajador y si se debe conceder de forma remunerada o no.

De forma similar, el Estado de Chile expidió en el año 2017, la Ley No. 21.063, mediante la cual se modifica el Código de Trabajo y se crea un seguro para el acompañamiento de niños y niñas que padezcan enfermedades. Así entonces, se reemplazó el artículo 199 bis del Código del Trabajo chileno, estableciendo que, cuando se compruebe mediante certificado médico, que la salud de un niño menor de un año requiera de atención en el hogar, con motivo de enfermedad grave, la madre trabajadora tendrá derecho a permiso y la concesión de subsidio, durante el periodo que se determine necesario. Si los dos padres del menor son trabajadores, a elección de

la madre se podrá elegir cualquiera de los dos para ser beneficiario del permiso y el subsidio establecido. También tendrá derecho al permiso y subsidio referidos, los trabajadores que posean la custodia de un menor de edad inferior a un año, por providencia judicial (Ley No. 21.063, 2017).

Además, la Ley No. 21.063 también modificó el artículo 199 bis del Código de Trabajo, en el sentido de establecer que, en el caso de accidente grave o enfermedad grave, aguda y con riesgo de muerte, de un niño o niña mayor de un año y menor de dieciocho años, que requiera el cuidado personal de su padre o madre y este se encuentre laborando o ejerciendo un cargo, el trabajador podrá solicitar permiso para ausentarse:

Por el número de horas equivalentes a diez jornadas ordinarias de trabajo al año, distribuidas a elección del trabajador o trabajadora en jornadas completas, parciales o combinación de ambas, las que se considerarán como trabajadas para todos los efectos legales. (Ley No. 21.063, 2017, art. 2)

Si el menor se encuentra bajo custodia de una persona diferente a su padre o madre, será esta persona quien pueda hacer uso del permiso establecido en la norma.

El trabajador deberá solicitar el permiso de manera formal, mediante cualquier escrito al empleador, sea en físico o electrónico, acompañando con el certificado médico correspondiente. El tiempo que no sea laborado, se compensará por el trabajador, laborando horas extraordinarias o en el próximo feriado anual, lo que se deberá pactar de mutuo acuerdo con el empleador. Finalmente, se establece, que las personas que tengan bajo su cuidado menores con discapacidad, o mayores de dieciocho años “con discapacidad mental, por causa psíquica o intelectual, multidéficit, o bien, presenten dependencia severa” (Ley No. 21.063, 2017, art. 2), que no sean sus hijos o familiares directos, podrán ser beneficiarios del permiso y subsidio antes referido.

Otro de los Estados Miembros de la OIT que implementó en su legislación interna beneficios para los trabajadores con responsabilidades familiares fue la República de Perú, que, en el año 2013, expidió, a través del Congreso, la Ley No. 30012 de 2013, mediante la cual se concede el derecho de licencia a trabajadores con familiares directos que se encuentran con enfermedad en estado grave o terminal o sufran accidente grave.

La ley estableció para los trabajadores del sector público y privado, el derecho a disfrutar de licencia, cuando un hijo, padre o madre, cónyuge o conviviente, o persona bajo su custodia, sea diagnosticado con enfermedad grave o terminal, o en caso de que sufra accidente que ponga en riesgo serio su vida, todo con el fin de que el trabajador o la trabajadora pueda acudir y asistirlo (Ley No. 30012, 2013).

La duración de la licencia es de máximo siete días calendario, prorrogables hasta por un lapso no mayor de treinta días, que se compensará del derecho vacacional del trabajador. No obstante, cuando se presente una situación excepcional, en la que la asistencia del trabajador al familiar directo enfermo sea necesaria, se podrá ampliar el plazo previsto, compensando el tiempo adicional de la licencia, con trabajo en horas extraordinarias. Adicionalmente, cuando el trabajador informe de diagnóstico médico de cáncer de su hijo o menor bajo custodia, se podrá otorgar una licencia por un periodo no mayor a un año, que será remunerada los primeros veintiún días por el empleador y el tiempo restante por la EsSalud (Ley No. 30012, 2013).

El trabajador deberá comunicar al empleador de la necesidad de tomar el beneficio de la licencia, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes del suceso o conocimiento del diagnóstico y necesidad de cuidado, aportando el certificado médico que acredite el estado grave o terminal o el riesgo serio para la vida derivado de accidente sufrido por el familiar directo (Ley No. 30012, 2013).

Posteriormente, en el año 2017, el presidente de la República de Perú expidió el Decreto Supremo No. 008-2017-TR, mediante el cual se expide el Reglamento de la Ley N.º 30012. En este decreto se establecen definiciones de conceptos relevantes para la aplicación de la ley, se define con mayor detalle la duración de la licencia, la forma en que se puede disfrutar, el trámite a seguir para acceder al beneficio, especificando que se debe presentar la solicitud mediante comunicación escrita o correo electrónico dirigido al empleador, y estableciendo, que de forma excepcional, si no es posible presentar la documentación en el plazo de cuarenta y ocho horas, se deberá suscribir declaración juramentada, para solicitar el beneficio y aportar la documentación dentro de las veinticuatro horas siguientes después de la obtención de los documentos faltantes (Decreto Supremo No. 008-2017-TR, 2017).

Una vez más, Estados como Perú implementan en su ordenamiento jurídico interno, beneficios a los trabajadores con responsabilidades familiares, de carácter obligatorio para los empleadores, sin condicionar su otorgamiento a la voluntad y razonamiento del empleador, dado que se impone como única obligación al trabajador demostrar mediante el aporte de la documentación médica, el diagnóstico de la enfermedad o riesgo a la salud del familiar directo que necesita de su cuidado y acompañamiento (Decreto Supremo No. 008-2017-TR, 2017).

CONCLUSIONES

En Colombia, los trabajadores del sector público y privado, cuentan con herramientas para solicitar el otorgamiento de licencias o permisos, con el fin de atender responsabilidades familiares derivadas de la enfermedad o accidente grave sufrido por sus hijos o familiares a cargo. No obstante, en el caso del sector privado, estas licencias no están reglamentadas sobre su término de duración, requisitos o si deberán ser remuneradas o no. Adicionalmente, independientemente del tipo de trabajador, la facultad de otorgar o no la licencia, está en cabeza del empleador, quien deberá valorar la justificación alegada y determinar si existe o no la necesidad de que el trabajador se ausente de su cargo para cumplir con su deber de cuidado.

Ante la deficiencia de la legislación laboral, la Corte Constitucional ha realizado una labor de complementación de la norma, estableciendo la definición de la figura de calamidad doméstica y determinando el origen y fundamento de las licencias solicitadas por los trabajadores con responsabilidades familiares, en los principios de solidaridad social, dignidad humana, interés superior de los niños, así como los derechos fundamentales al trabajo en condiciones dignas, mínimo vital y seguridad social. Así entonces, en el precedente jurisprudencial se estableció la obligación del empleador de conceder las licencias en casos de grave calamidad doméstica debidamente comprobada, la cual será remunerada por un lapso razonable, que será fijado de mutuo acuerdo entre el empleador y el trabajador.

Si bien las subreglas jurisprudenciales creadas por la Corte Constitucional, han permitido resolver conflictos jurídicos entre empleadores y trabajadores, en la mayoría de los casos, las licencias por grave calamidad doméstica no se otorgan, y los empleadores que si lo hacen, conceden los permisos bajo una duración corta y sin remuneración,

lo que no llega a ser suficiente para solventar la dificultad que atraviesa el trabajador, teniendo que acudir a un trámite adicional ante la jurisdicción constitucional, que no implica una respuesta favorable a sus pretensiones, en todos los casos.

Existen instrumentos internacionales como el Convenio No. 156 de 1981, relativo a los trabajadores con responsabilidades familiares, que establecieron la necesidad de que los Estados Miembros incluyan, dentro de sus políticas públicas y de Estado, medidas de protección para los trabajadores con responsabilidades familiares, de manera que estén en igualdad de condiciones frente a los demás trabajadores y puedan conciliar sus responsabilidades laborales con las obligaciones derivadas del deber de cuidado. Actualmente, Colombia no ha ratificado el Convenio No. 156 de la OIT, a pesar de que han transcurrido cuarenta y un años desde su promulgación, lo que podría considerarse un incumplimiento al compromiso internacional adquirido, cuando ratificó la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo.

En conclusión, teniendo como ejemplo, la reglamentación interna de países latinoamericanos como Chile, Bolivia y Perú, el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional, y la creciente necesidad de que se equilibren las condiciones laborales de los trabajadores con responsabilidades familiares, en atención a los principios constitucionales de solidaridad, dignidad humana y el interés superior de la niñez, es necesario que el Estado colombiano priorice la ratificación del Convenio No. 156 de la OIT y, reglamente de forma concienzuda, el beneficio de licencias especiales en caso de enfermedad de familiares directos, a través de la expedición de normas de obligatorio cumplimiento, tanto para los trabajadores del sector público como del sector privado.

REFERENCIAS

- Almanza, J. (2020). Incidencia de la OIT en la legislación laboral colombiana: Balance de los últimos cincuenta años. En C. Carballo, H. Villasmil y L. Tarazona. (Eds.). *Derecho laboral iberoamericano. Influencias del sistema normativo de la OIT* (pp. 283-296). Tirant Lo Blanch.
- Congreso de la República de Colombia. (1996, 7 de marzo). Ley Estatutaria de la Administración de Justicia. [Ley 270 de 1996]. DO: 42.745
- Congreso de la República de Perú. (2013, 28 de abril). Ley que concede el derecho de licencia a trabajadores con familiares directos que se encuentran con enfermedad en estado grave o terminal o sufran accidente grave. [Ley No. 30012]. <https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/93504/109337/F1382736060/PER93504.pdf>
- Congreso Nacional de Chile. (2017, 30 de diciembre). Crea un seguro para el acompañamiento de niños y niñas que padezcan las enfermedades que indica, y modifica el Código del Trabajo para estos efectos. [Ley No. 21.063]. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1113014>
- Constitución Política de Colombia [C.P.]. (1991). http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
- Corte Constitucional, Sala Plena. (2009, 10 de diciembre). Sentencia C-930 [M.P.: Pretelt, J.].
- Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión. (2014, 9 de julio). Sentencia T-489 [M.P.: Palacio, J.].
- Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión. (1992, 24 de junio). Sentencia T-426 [M.P.: Cifuentes, E.].
- Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión. (2015, 26 de marzo). Sentencia T-113 [M.P.: González, M.].
- Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión. (2018, 3 de diciembre). Sentencia T-460 [M.P.: Guerrero, G.].
- Rangel, Y., Mendoza A., Hernández L., Cruz, M., Pérez, M. y Gaytán, D. (2017). Aportes del enfoque de género en la investigación de cuidadores primarios de personas dependientes. *Índex de Enfermeria*, 26(3), 157-161. http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1132-12962017000200008&lng=es&tlng=es
- Dacosta, A. (2020). Sistema normativo de la OIT y Derecho laboral colombiano. En C. Carballo, H. Villasmil y L. Tarazona. (Eds.). *Derecho laboral iberoamericano. Influencias del sistema normativo de la OIT* (pp. 297-318). Tirant Lo Blanch.

- Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad de España [MISAN]. (2016). *Guía de ayudas sociales y servicios para las familias 2016*. <https://www.sindromedown.net/wp-content/uploads/2016/05/Gu--a-Ayudas-Sociales-Familias-2016.pdf>
- Organización Internacional del Trabajo [OIT]. (1944). Declaración de Filadelfia. <https://www.ilo.org/legacy/spanish/inwork/cb-policy-guide/declaraciondefiladelfia1944.pdf>
- Organización Internacional del Trabajo [OIT]. (1981a). Convenio No. 156 relativo a los trabajadores con responsabilidades familiares. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C156
- Organización Internacional del Trabajo [OIT]. (1981b). Recomendación No. 165 sobre los trabajadores con responsabilidades familiares. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R165
- Organización Internacional del Trabajo [OIT]. (1998). Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. <https://www.ilo.org/declaration/lang--es/index.htm#:~:text=La%20Declaración%20de%20la%20OIT,nuestras%20vidas%20en%20el%20plano>
- Organización Internacional del Trabajo [OIT]. (1999). Memoria del director general. 87ª reunión. <https://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm>
- Organización Internacional del Trabajo [OIT]. (2009). Notas OIT: Trabajo y Familia, No. 6. Licencias y responsabilidades familiares. https://www.ilo.org/americas/publicaciones/notas-trabajo-y-familia/WCMS_189335/lang-es/index.htm
- Organización Internacional del Trabajo [OIT]. (s.f.a). *Ratificaciones de Colombia*. http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11200:0::NO::p11200_country_id:102595
- Organización Internacional del Trabajo [OIT]. (s.f.b). *Ratificaciones Convenio No. 156*. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312301
- Presidencia Constitucional del Estado Plurinacional de Bolivia. (2013, 9 de enero). Por medio del cual se crea el beneficio de “Licencia Especial” a todas las madres, padres, tutores y responsables que trabajen en el sector público y privado que tengan hijos menores de doce (12) años que requieran atención personal con motivo de un accidente grave o enfermedad grave. [Decreto Supremo No. 1455 de 2013]. <https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/92218/107284/F-1402565298/BOL92218.pdf>

Presidencia de la República de Colombia. (1950, 20 de diciembre). Código Sustantivo del Trabajo. [Decreto Ley 2663 de 1950]. DO: 27.622

Presidencia de la República de Colombia. (1970, 19 de febrero). Estatuto de la Carrera Judicial y del Ministerio Público. [Decreto 250 de 1970]. DO: 33.023

Presidencia de la República de Colombia. (2015, 26 de mayo). Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública. [Decreto 1083 de 2015]. DO: 49.523

Presidencia de la República de Perú. (2017, 31 de mayo) Reglamento de la Ley N.º 30012, Ley que concede el derecho de licencia a trabajadores con familiares directos que se encuentran con enfermedades en estado grave o terminal o sufran accidente grave. [Decreto Supremo No. 008-2017-TR]. <https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/1351466Decreto+Supremo+N%C2%B0+008-2017-TR.pdf/17be247f-1bdb-60a9-514b-2738a91f786a>

Procuraduría General de la Nación. (2010). *Trabajo digno y decente en Colombia seguimiento y control preventivo a las políticas públicas*. https://apps.procuraduria.gov.co/gp/gp/anexos/trabajo_digno_y_decente_en_colombia_seguimiento_y_control_preventivo_a_las_politicas_publicas.pdf

LA IMPORTANCIA DE LA MARCA Y EL REGISTRO MARCARIO EN LA IDENTIFICACIÓN, DELIMITACIÓN Y PREVENCIÓN DE ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL: ESTUDIO JURISPRUDENCIAL DE LAS DECISIONES DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

Diana Carolina Narváez Santacruz¹

Fecha de recepción: 5 de septiembre de 2022

Fecha de aceptación: 15 de noviembre de 2022

Referencia: Narváez, D. (2022). La importancia de la marca y el registro marcario en la identificación, delimitación y prevención de actos de competencia desleal. Estudio jurisprudencial de las decisiones del tribunal de justicia de la Comunidad Andina. *Revista Científica Codex*, 8(15), 101-126.

RESUMEN

El proceso de integración económica de la CAN ha permitido resolver diversas controversias alrededor del registro de marcas comerciales al interior de los Estados, su órgano jurisdiccional ha efectuado múltiples pronunciamientos para prevenir prácticas desleales por actos de confusión

-
1. Abogada con honores y egresada distinguida de la Universidad de Nariño. Ganadora del primer puesto del XXI Concurso Nacional de Derecho Comercial organizado por el Colegio Nacional de Abogados de Medellín y la Universidad Externado de Colombia, año 2021; acreedora del tercer puesto junto al Semillero Nuevas Tendencias de Derecho Procesal en el XVIII, Concurso Internacional organizado por el Instituto Colombiano de Derecho Procesal, año 2017; ganadora de la pasantía internacional en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, año 2018; participante de la XI Edición del Moot Madrid, Competencia de Arbitraje Internacional y Derecho Mercantil, organizado por la Universidad Carlos III de Madrid y la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), año 2019; Correo electrónico: caronarvaezlaw@gmail.com

en el registro marcario, de esta forma, el derecho comunitario andino ha procurado inculcar y regular la noción del comercio transparente.

El presente artículo, contiene un análisis de la jurisprudencia emitida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA) y un estudio de las decisiones que ha efectuado para dirimir las disputas sobre competencia desleal en el registro marcario, resaltando la importancia de la protección tanto al titular del derecho de la marca, como a los consumidores que adquieren los productos y servicios en el mercado. Lo descrito, se desarrollará utilizando una metodología de tipo hermenéutica jurídica y analítica desde un enfoque cualitativo.

Palabras clave: Registro Marcario, Competencia desleal, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Derecho Comunitario Andino, Propiedad Intelectual, Interpretación Prejudicial.

ABSTRACT

The CAN economic integration process has allowed to resolve varied controversies around the registration of trademarks within their member States. It's court has resolved cases to prevent unfair practices due to acts of confusion in the trademark registration, in consequence, Andean community law has sought to instill and regulate the notion of transparent trade among its members.

This article contains an analysis of the jurisprudence issued by the Court of Justice of the Andean Community (TJCA) and a study of the decisions it has resolved to resolve disputes over unfair competition in the trademark registry, highlighting the importance of protection both to the owner of the trademark right, and to the consumers who purchased the products and services in the market. What has been described will be developed using a legal and analytical hermeneutic methodology from a qualitative approach.

Keywords: Register, Marks, Unfair Competition Practices, Court of Justice of the Andean Community, Andean Community Law, Intellectual Property.

INTRODUCCIÓN

Con el presente escrito, se trata de realizar un estudio de las interpretaciones prejudiciales emitidas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina –en adelante TJCA–, a fin de dirimir los casos en que se presente competencia desleal en el registro de marcas de los países miembros de la

CAN, para lo cual, inicialmente se realizará un acercamiento general hacia la estructura de la organización; posteriormente se pretende ahondar en el tema de registro marcario para comprender su marco jurídico internacional e interno de los Estados parte; consecuentemente se abordará la óptica jurisprudencial del TJCA sobre prácticas desleales en el registro marcario y su desarrollo a través del tiempo junto a un breve análisis comparativo con el marco de integración europeo; para finalmente analizar los postulados resultado del análisis previsto.

Bajo este panorama, la cuestión a resolver en el artículo se centra en la siguiente pregunta: ¿Cuáles son los lineamientos desarrollados por el TJCA para identificar escenarios o situaciones en los que se pueda presentar competencia desleal a la hora de realizar un registro marcario? Lo dispuesto, en observancia a los riesgos que se pueden generar: a las partes empresariales involucradas en el proceso; al consumidor quien es finalmente el partícipe final en la cadena productiva; y al registro marcario como elemento distintivo básico de la regulación andina.

1. UNA VISIÓN HACIA LA CAN Y SU ORDENAMIENTO JURÍDICO EN MATERIA DE MARCAS

La Comunidad Andina –en adelante CAN– se distingue por integrar una organización subregional de carácter político y económico en América Latina, que fue creada con el propósito de “mejorar el nivel de vida y el desarrollo equilibrado de los habitantes de los Países Miembros mediante la integración y cooperación económica y social” (Cancillería, s.f., párr. 1). Su agenda de trabajo se ha focalizado en facilitar el proceso de integración comunitaria “en las áreas de comercio, servicios, inversiones, transporte, interconexión eléctrica, identidad andina y movilidad de personas” (Cancillería, s.f., párr. 2) todo ello, en aras de lograr un progreso colectivo que favorezca el desarrollo de los países miembros.

Entre los pilares de integración económica y comercial de la CAN, se encuentra el de armonizar un régimen jurídico común de propiedad intelectual para los países andinos. Según la doctrina, desde la incursión de la CAN en la década de los 90 ha sido posible apreciar efectos notables con la unión comunitaria, de modo que:

The Andean [Community] towards an open regionalism that favoured the elimination of tariff barriers and the signing of trade agreements with

various economical centers worldwide. In the 1990's, the Andean Community integration gained impetus with intra-CAN trade growing significantly, partly due to the establishment of a free trade area between four of the then five Andean countries (except Peru)². (International Democracy Watch, s.f., párr. 3)

Así mismo, la creación de un ente judicial para dirimir controversias como lo es el TJCA, ha permitido constituir un marco general para el registro y la solución de conflictos que involucren temas como: marcas, patentes, licencias, derechos de autor, entre otros.

Respecto a la normativa base de la CAN, el Acuerdo de Cartagena de 1969 es el instrumento que le otorga personería jurídica internacional, lo cual le concede una amplia capacidad de acción en materia comercial y le permite compatibilizar un sistema de cooperación uniforme en el ámbito político. Velázquez (2005) afirma:

Las organizaciones internacionales son creadas mediante verdaderas constituciones políticas celebradas por el poder constituyente de los Estados, convencidos de que la instauración de un marco permanente e institucionalizado de cooperación es el mejor medio para la realización de objetivos comunes. (p. 160)

Actualmente los países constitutivos de la CAN que se adhieren al conglomerado normativo son: Bolivia, Ecuador, Colombia y Perú, es decir que entre dichos Estados rige el Acuerdo de Cartagena de 1969, sus Protocolos e Instrumentos adicionales y el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia -TCTJ- de 1979 y sus Protocolos Modificatorios, todos ellos ostentan la clasificación de derecho primario u originario de la CAN y tienen como característica la conservación en el tiempo de su normatividad.

En cuanto al derecho secundario se encuentra la Decisión 486 del 2000, norma objeto del presente artículo por tratarse del Régimen Común sobre Propiedad Industrial -RCPI-. Esta directriz al constituirse como derecho derivado se torna más flexible al cambio, llegando a sustituir la Decisión 344 de 1993 de la Comisión Andina que fue la antigua normativa aplicable al respecto y según la cual surgieron las primeras interpretaciones

2. Traducción: La Comunidad Andina permitió un regionalismo abierto que favoreció la eliminación de barreras arancelarias y la firma de acuerdos comerciales con diversos centros económicos a nivel mundial. En la década de 1990, la integración de la Comunidad Andina cobró impulso con el comercio intra-CAN creciendo significativamente, en parte debido al establecimiento de un área de libre comercio entre cuatro de los entonces cinco países andinos (excepto Perú).

prejudiciales en materia de marcas por parte del TJCA, órgano judicial de la CAN en el ámbito comercial. Siguiendo esta línea argumentativa y a modo de explicación, en el gráfico subsiguiente es posible observar la estructura del Sistema Andino de Integración -SAI-, el cual se compone:

CAN's Andean Integration System consists of several institutions, all of which seek to facilitate integration. They include the Andean Presidential Council, an organization of the presidents of member countries that coordinates integration efforts; the Commission of the Andean Community, which is CAN's primary policy-making institution; the Andean Parliament, comprising members of national legislatures, though it was scheduled to become a directly elected parliament early in the 21st century; the five-member Court of Justice of the Andean Community, which interprets CAN laws to ensure that they are uniformly applied in each country³. (Britannica, 2013)

1.1 ¿Por qué acudir a la jurisprudencia del TJCA?

El TJCA hace parte del Sistema Andino de Integración, ejerce su jurisdicción sobre los cuatro países miembros de la CAN y es el órgano competente para dirimir las controversias que surjan al interior de los Estados, es decir, todos los países pueden acudir al Tribunal y las decisiones que emita repercutirán en el marco jurídico interno de cada nación; así mismo, cobran relevancia sus pronunciamientos en atención a cuatro características atribuibles, a saber: "a) es un órgano independiente de los Estados, b) es de carácter supranacional, c) su jurisdicción es obligatoria y d) sus sentencias tienen efecto de cosa juzgada" (Pizzolo, 2010, como se citó en San Miguel, 2018, p. 104).

El Tratado de Creación del Tribunal de Justicia le otorga múltiples competencias al TJCA para conocer procesos de: Acciones de Nulidad e Incumplimiento, Interpretación Prejudicial, Recurso por Omisión o Inactividad y Acción Laboral, además de ejercer la función arbitral (Comunidad Andina de Naciones [CAN], Decisión 472, 1979).

-
3. El Sistema Andino de Integración [de la CAN] se compone de varias instituciones, todas las cuales buscan facilitar la integración. Incluyen el Consejo Presidencial Andino, una organización de los presidentes de los países miembros que coordina los esfuerzos de integración; la Comisión de la Comunidad Andina, que es [la principal] institución normativa de la CAN; el Parlamento Andino, integrado por miembros de las asambleas legislativas nacionales, [aunque] estaba programado para convertirse en un parlamento elegido directamente a principios del siglo 21 el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina interpreta las leyes de la CAN para asegurar que se apliquen de manera uniforme en cada país. (Pazmiño y Torres, 2016, p. 34)

Figura 1

Sistema Andino de Integración



Nota. Fuente: Comunidad Andina (s.f.).

Sobre las acciones de incumplimiento, la doctrina ha enfatizado en la facultad del Tribunal que se limita a la revisión de los aspectos legales de la resolución objeto de análisis; más no a la evaluación del carácter distintivo realizada por un tribunal o autoridad administrativa nacional, tal como se ha establecido en los siguientes términos:

In actions for failure to comply with obligations against administrative resolutions, the Court of Justice of the Andean Community (CJAC) only analyzes whether the legal criteria contravenes what is established in the Andean legislation or its interpretation. Therefore, it cannot review the assessment of distinctiveness made by a national court or administrative

authority⁴. (Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht [GRUR], 2020, p.1254)

Ahora bien, en la interpretación prejudicial, se permite a los Estados solicitar un análisis hermenéutico cuando se aplique o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina (CAN, Decisión 472, 1979, art. 33). En este sentido, a través de esta competencia el juez comunitario podrá acceder a la legislación comercial andina para concatenar sus decisiones con el derecho interno de los países miembros y asegurar su aplicación uniforme (CAN, Decisión 472, 1979, art. 35).

Sobre los criterios para evitar conflictos de competencia desleal suscitados en el registro de marcas, es preciso puntualizar en la función de interpretación prejudicial del TJCA ya que las decisiones que emite abarcan una base jurídica necesaria y vinculante para llegar a la idea de comercio transparente comunitario y de impacto económico beneficioso en pro de los países miembros. Además, a través de estos pronunciamientos, el Tribunal es capaz de analizar la pertinencia de la norma, su adecuación en el análisis comercial de la regla comunitaria y en sí, de cómo esta debe ser entendida en el caso concreto.

Respecto al registro marcario, cada país lo gestiona con una entidad autónoma y de carácter público, encargada de articular y gestionar control en la aplicación de las leyes comunitarias, así como también sirve de intermediaria en los conflictos concernientes a marcas y la valoración que rinda el Tribunal para acatar los postulados que dirima en sus interpretaciones.

En Colombia, se cuenta con la Superintendencia de Industria y Comercio –en adelante SIC– como ente regulador que incluso ostenta

4. En las acciones por incumplimiento contra resoluciones administrativas, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (CJAC) sólo analiza si el criterio legal contraviene lo establecido en la legislación andina o su interpretación. Por lo tanto, no puede revisar la evaluación del carácter distintivo realizada por un tribunal o autoridad administrativa nacional.

algunas funciones de carácter judicial⁵, entre otras labores administrativas, a saber:

The Superintendence of Industry and Commerce is the National Authority for the Protection of Competition, designated by Law 1340 of 2009, which empowers it to exclusively carry out administrative investigations, impose fines and make administrative decisions on actions that go against the free economic competition in Colombia. It also performs important preventive functions through competition advocacy and prior control of business integrations⁶. (Herrera, s.f., párr. 9)

En Perú, el organismo especializado para la protección de derechos a los consumidores se denomina: Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI); en Bolivia se tiene al Servicio Nacional de Propiedad Intelectual (SENAPI) y finalmente en Ecuador, se cuenta con el Servicio Nacional de Derechos Intelectuales (SENADI). Todos los anteriores, con la capacidad de emitir un mecanismo de consulta entre los jueces nacionales y el tribunal comunitario en aras de solucionar disputas de propiedad intelectual, tal como lo es la cuestión de competencia desleal y registro de marcas.

Cuando se emiten interpretaciones prejudiciales, aquellas son incorporadas como parte de la normatividad interna de cada país, los cuales al ser integrantes de la CAN y per se, de sus órganos adscritos, deberán acatar el carácter vinculante de las decisiones del TJCA. En varias ocasiones la jurisprudencia del Tribunal ha enfatizado en dicha importancia y con

-
5. La dependencia a cargo, se denomina Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales, donde sus funcionarios actúan como jueces de la república. Las partes acceden a un proceso jurisdiccional, con el fin de decidir judicialmente sobre asuntos de: I. El restablecimiento de los derechos de los consumidores; II. La existencia de actos de competencia desleal y III. La infracción de derechos de propiedad industrial.
 6. Traducción: La Superintendencia de Industria y Comercio es la Autoridad Nacional de Defensa de la Competencia, designada por la Ley 1340 de 2009, que la faculta exclusivamente para realizar investigaciones administrativas, imponer multas y tomar decisiones administrativas sobre acciones que atenten contra la libre competencia económica en Colombia. También realiza importantes funciones preventivas a través de la defensa de la competencia y el control previo de las integraciones empresariales.

fundamento en el principio de preeminencia⁷ de la normativa comunitaria, se ha establecido en los siguientes términos:

El derecho de la integración, como tal, no puede existir si no se acepta el principio de primacía o prevalencia sobre los derechos nacionales o internos de los Países Miembros (...) En los asuntos cuya regulación corresponde al derecho comunitario, según las normas fundamentales o básicas del ordenamiento integracionista, se produce automáticamente un desplazamiento de la competencia, la que pasa del legislador nacional al comunitario. (TJCA, 2-IP-90, 1990)

Resulta entonces primordial, en el marco de integración económica acudir al TJCA, ya que el efecto último de este sistema jurídico comunitario es el de compatibilizar el derecho nacional con el comunitario para generar un contexto legal armónico en el ámbito comercial, de acuerdo a Díez (2004, como se citó en De Tomaso, 2017) “el derecho andino tiene consecuencias inmediatas por cuanto se entiende plenamente integrado al ordenamiento interno de los Estados, normas que deben ser aplicadas de manera directa y tienen primacía sobre las normas ordinarias” (p. 4).

2. INCIDENCIA DEL REGISTRO MARCARIO, A EFECTOS DE EVITAR COMPETENCIA DESLEAL

La marca ha ocupado un papel trascendental en el contexto competitivo actual, al constituir la identificación de un producto o servicio en el mercado, su debido registro ante el órgano regulador resulta esencial para llegar a obtener la competitividad que su titular desea lograr. Así mismo, las dinámicas del mercado actual exigen que exista una correcta distintividad entre los bienes y servicios a promocionar tanto por el oferente del producto como por su receptor en cabeza del consumidor, quien finalmente será el que va a identificar y priorizar su elección en la marca; por ello, es considerable prestar atención a un registro transparente, a fin de evitar prácticas desleales que con frecuencia se han generalizado entre los

7. Por el principio de preeminencia, la normativa comunitaria prevalece sobre las normas internas o nacionales (incluyendo las normas constitucionales) de cada uno de los países miembros de la Comunidad Andina. Como consecuencia de ello, en los casos de incompatibilidad entre una norma comunitaria y una norma nacional, se deberá preferir la primera. Cabe indicar que ello no implica que la norma nacional deba ser derogada, sino que basta que sea inaplicada por el país miembro que corresponda. (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina [TJCA], 669-IP-2015, 2017)

empresarios. Situación que no escapa de la regulación judicial del comercio comunitario andino.

A través del registro de marca en cualquiera de los países de la CAN, se confiere varias prerrogativas a los solicitantes, según la Decisión 486 del 2000, es posible establecer cierto carácter de exclusividad a los titulares frente a los demás países, cuando en el registro de una marca representativa, aquella pueda ser objeto de similitud, de tal manera que a través del mecanismo de la oposición, se permite presentar el impedimento andino ante los demás países, con el objetivo de que no se concedan derechos sobre marcas idénticas. Lo dispuesto, deja entrever cómo se configura un indicio relevante desde la normativa andina para evitar de cierta forma la comisión de prácticas desleales (Ruiz, 2020).

El fundamento legal de la oposición andina se encuentra en el artículo 147 de la Decisión 486, cuando se establece que el titular de una marca prioritaria, es decir que ya se encuentre registrada o solicitada para registro previamente, está legitimado para presentar oposiciones en los demás países miembros con fundamento a esa marca (Ruiz, 2020), bajo este entendido:

Si el titular de una marca en Perú detecta una solicitud idéntica o similar a la suya en Colombia, podrá presentar oposición frente a la solicitud colombiana con base en su marca peruana, siempre que, a la vez que la oposición, solicite dicha marca en Colombia. En el caso de que la oposición se base en una solicitud de marca pendiente, quedará suspendida hasta que se resuelva la solicitud de marca prioritaria. (Ruiz, 2020, párr. 5)

En el mismo lineamiento, la Decisión 486, en su artículo 165⁸, también hace referencia a la facultad de cancelación de marca por su falta de uso en un país miembro, lo cual puede ser considerado efectivo en los países restantes, cuando transcurridos tres años no se hubiese utilizado en el ámbito comercial (Ruiz, 2020).

8. La oficina nacional competente cancelará el registro de una marca a solicitud de persona interesada, cuando sin motivo justificado la marca no se hubiese utilizado en al menos uno de los Países Miembros, por su titular, por un licenciatario o por otra persona autorizada para ello durante los tres años consecutivos precedentes a la fecha en que se inicie la acción de cancelación. La cancelación de un registro por falta de uso de la marca también podrá solicitarse como defensa en un procedimiento de oposición interpuesto con base en la marca no usada. (CAN, Decisión 486, 2000, art. 165)

Ahora bien, respecto a la normativa global marcaria, la Clasificación de Niza del año 1957 es el mayor referente para el registro de marcas, al establecer un listado de productos y servicios que sirven como nomenclatura internacional en el panorama comercial, a cerca de su conformación:

The Nice Agreement, concluded at Nice in 1957, revised at Stockholm in 1967 and at Geneva in 1977, and amended in 1979, establishes a classification of goods and services for the purposes of registering trademarks and service marks (the Nice Classification).

The competent offices of the Contracting States must indicate in official documents and in any publication they issue in respect of the registration of marks the numbers of the classes of the Classification to which the goods or services for which the mark is registered belong⁹. (World Intellectual Property Organization [WIPO], s.f., párr. 1-2)

Tal es la relevancia del sistema de categorización, que uno de los organismos internacionales que han integrado su aplicación¹⁰ es el Régimen Andino, según el cual esta clasificación opera de forma vinculante en sus pronunciamientos (CAN, Decisión 486, 2000, art. 151).

La marca es un factor determinante para la jurisprudencia del Tribunal Andino. Desde sus inicios, se ha hecho referencia a su carácter principal, tal como se permite observar en los procesos 27-IP-96 y 28-IP-96:

Una marca tiene como finalidad esencial la de distinguir en el mercado unos productos o servicios de otros. La distintividad es el requisito esencial que reviste el signo para ser registrable como marca, pues solo a base de ella se podrá diferenciar un producto originario de un empresario, del producto o servicio de otro empresario. (TJCA, 27-IP-1996, 1997; 28-IP-1996, 1997)

No obstante, es necesario observar que al momento de solicitar el registro marcario se conozcan las limitaciones fijadas en la Decisión 486,

9. Traducción: El Arreglo de Niza, concluido en Niza en 1957, revisado en Estocolmo en 1967 y en Ginebra en 1977, y enmendado en 1979, establece una clasificación de productos y servicios a efectos del registro de marcas y marcas de servicios. Las oficinas competentes de los Estados Contratantes deberán indicar en los documentos oficiales y en cualquier publicación que emitan respecto del registro de marcas los números de las clases de la Clasificación a que pertenecen los productos o servicios para los cuales se registra la marca.

10. La clasificación Niza se ha extendido a nivel internacional por diferentes entes como: la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), por la Unión Europea, por África y por la Organización Benelux referente a la unión aduanera y económica de Bélgica, Países Bajos y Luxemburgo.

pues si bien el Artículo 134 no determina obstáculo para el registro de signos por la naturaleza del producto o servicio¹¹; en el articulado subsiguiente se establecen restricciones y se especifica que “no podrán registrarse como marcas aquellos signos cuyo uso en el comercio afecten indebidamente un derecho de tercero” (CAN, Decisión 486, 2000, art. 136).

En lo que concierne a la competencia desleal¹², se indica en concreto: “cuando la oficina nacional competente tenga indicios razonables que le permitan inferir que un registro se hubiese solicitado para perpetrar, facilitar o consolidar un acto de competencia desleal¹³ podrá denegar dicho registro” (CAN, Decisión 486, 2000, art. 137). Consideraciones, a las cuales, el Tribunal le ha dado su respectiva determinación judicial, al estipular: “una solicitud de registro de mala fe debe ser denegada. Además, si fue concedida, puede solicitarse su nulidad. El ordenamiento andino de propiedad industrial propugna por el disfrute de los derechos de manera sana, leal y transparente” (TJCA, 17-IP-2013, 2015; 22-IP-2013, 2014).

Es de mencionar que, recientemente la CAN se ha puesto a la par de los sistemas de integración a nivel mundial y tal como sucede con la Unión Europea, por medio de la Decisión 876 de la Comisión Andina, publicada el 23 de abril de 2021, los países se permiten reconocer formalmente a la denominada ‘Marca País’ que se constituye como una novedosa forma de propiedad industrial (Gagliuffi, 2021), la cual conlleva a un proceso diferente para su registro y un régimen de “protección reforzada en bloque que incluye compromisos de actuación de oficio ante su uso indebido por terceros. Cabe resaltar que la figura de la Marca País se está evaluando

-
11. A efectos de este régimen constituirá marca cualquier signo que sea apto para distinguir productos o servicios en el mercado. Podrán registrarse como marcas los signos susceptibles de representación gráfica. La naturaleza del producto o servicio al cual se ha de aplicar una marca en ningún caso será obstáculo para su registro. (CAN, Decisión 486, 2000, art. 134)
 12. La Unfair Law Encyclopedia ha definido los actos que constituyen competencia desleal como “Acts of unfair competition may be defined broadly as acts in business causing harm to competitors or consumer either as a consequence of violations of the laws governing competition and trade, or as a consequence of fraud, deceit or negligence” (Sijthoff y Noordhoff, 1978, como se citó en Andrade et al., 2009, p. 50). Traducción: Los actos de competencia desleal pueden definirse en términos generales como actos comerciales que causan daño a los competidores o al consumidor, ya sea como consecuencia de violaciones de las leyes que rigen la competencia y el comercio, o como consecuencia de fraude, engaño o negligencia.
 13. Los actos de competencia desleal pueden definirse en términos generales como actos comerciales que causan daños a competidores o consumidores como consecuencia de violaciones de las leyes que rigen la competencia y el comercio, o como consecuencia de fraude, engaño o negligencia.

actualmente dentro de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual” (Gagliuffi, 2021, párr. 1).

De igual manera, en el marco de Integración Económica Europea, la marca funge un papel trascendental para generar un desarrollo comercial legítimo y transparente sobre sus países miembros, en la sentencia T-88/00 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea –en adelante TJUE– se permite apreciar la relevancia del carácter distintivo que conlleva la marca y su registro en los siguientes términos:

Debe apreciarse por una parte, la idoneidad de la marca en relación con los productos o servicios para los que se ha solicitado el registro y, por otra, su funcionalidad en relación con la percepción del público al que va dirigida, y que está formado por el consumidor de dichos productos o servicios. (Tribunal de Justicia de la Unión Europea [TJUE], Sala Cuarta, T-88/00, 2000)

En la misma línea, se ha argumentado por parte del Tribunal que: “la función esencial de la marca consiste en garantizar al consumidor o al usuario último el origen del producto o del servicio designado por la marca” (TJUE, Sala Cuarta, T-88/00, 2000).

En efecto de lo descrito, es posible evidenciar que desde la propia normatividad andina y en concordancia con los estamentos internacionales, se procura que el registro marcario tenga como base generar vínculos de confianza y honestidad en el mercado, ya que al registrar un signo, aquel implicará la consolidación de un factor distintivo en el comercio, y es en aras de su garantía y licitud que resulta indispensable atender a la evasión de actos como el obrar de mala fe, actos de confusión, de descrédito, de imitación, entre otros que configuren competencia desleal¹⁴.

2.1 Análisis jurisprudencial

Para abarcar el desarrollo jurisprudencial del TJCA, se abordarán algunos pronunciamientos emitidos bajo la Decisión 344 de 1993, que brindan un enfoque preliminar sobre la protección normativa a tener en cuenta por parte de las oficinas de registro así como de los titulares de las

14. Al respecto, los artículos 258 y 259 de la Decisión 486 establecen qué actos son considerados como tal, sin embargo, el TJCA ha determinado que dichas manifestaciones no constituyen una lista taxativa como se aprecia en los procesos 14-IP-2007, 126-IP-2009 y 54-IP-2013.

marcas en el registro de sus signos y posteriormente; interpretaciones prejudiciales en vigencia de la Decisión 486 de 2000, que ofrece un desarrollo más amplio en la trayectoria de los criterios que ha analizado el Tribunal para evitar prácticas desleales en el registro de marcas y el comercio andino. Los dos referentes legales en alusión al Régimen Común de Propiedad Industrial.

Respecto a la Decisión 344 de la Comunidad Andina, se puede apreciar que desde sus inicios, el TJCA ha promulgado un análisis pertinente en la manera sobre cómo se debe exteriorizar un signo distintivo, aludiendo a conceptos sobre la perceptibilidad y distintividad de la marca (CAN, Decisión 344, 1993), con ello en los procesos 67-IP-2002 y 85-IP-2004 se hace mención del riesgo de confusión y al modo en que se pretende evitar en el registro marcario (TJCA, 67-IP-2002, 2002; 85-IP-2004, 2004). En cuanto al asunto 127-IP-2003, se destaca la alusión que realiza el TJCA frente al articulado normativo de la Decisión 344, enfatizando en los requisitos para tener en cuenta a la hora de solicitar el registro marcario y la observancia en la titularidad de un signo distintivo en el ámbito comercial (TJCA, 127-IP-2003, 2004).

En el proceso 67-IP-2002, el Tribunal se manifestó sobre un asunto en el cual la Sociedad Kimberly Clark Corporation, solicitó en 1995 ante la División de Signos Distintivos de la Superintendencia de Industria y Comercio, el registro de una marca denominada Goodnites sobre productos enlistados en la Clasificación No. 16 Internacional de Niza (Papel, cartón y artículos de dichas materias, no comprendidos en otras clases). Sin embargo, la sociedad Molnlycke AB presentó oposición al registro de la marca solicitada, por considerar que podría confundirse con su marca Goodnight, clasificada para distinguir productos de toallas sanitarias, tampones y otros artículos de protección menstrual, pantalones sanitarios, es decir los comprendidos en la clase 5 de la clasificación internacional Niza. En este caso, el TJCA especificó una pauta interesante de interpretación, enfatizando en que la sola existencia de riesgo de confusión entre las marcas bastaría para que se configure la irregistrabilidad en el marco andino de protección (TJCA, 67-IP-2002, 2002).

El anterior reparo repercute en el proceso 85-IP-2004, en el cual Crearamos Ltda. en su calidad de demandante y propietaria de la marca

Used, alegó la vulneración del artículo 81 de la Decisión 344¹⁵, al conceder por parte de la SIC el registro de una marca denominada Diused Jeans, poniendo en duda el cumplimiento sobre el requisito de distintividad para que sea registrada. Asunto en el que se manifestó: “no es necesario que el signo solicitado para registro induzca a error a los consumidores, sino que es suficiente la existencia del riesgo de confusión o de asociación para que se configure la irregistrabilidad” (TJCA, 85-IP-2004, 2004).

Si bien, en los procesos considerados no se realiza aún la referencia explícita sobre la competencia desleal, si se estipula que el país consultante deberá tener en cuenta en su decisión la prohibición de registro de la marca cuando pueda inducir al público a error; e igualmente se hace alusión a la conexión competitiva, aspectos de relevancia en el posterior desarrollo jurisprudencial del TJCA.

Por su parte, en el proceso 127-IP-2003, el TJCA conoce sobre el rechazo de registro del signo Paletín Ricolino a decisión de la Dirección Nacional de Propiedad Industrial en Ecuador, debido a la existencia previa de una marca titulada Paletin. En este caso, el Tribunal realiza una breve referencia de prevención a la competencia desleal por la irregistrabilidad de signos confundibles con fundamento en la regulación de Propiedad Industrial (PI) del momento, específicamente se tiene en consideración los requisitos para el registro de signos: “Podrán registrarse como marcas los signos que sean perceptibles, suficientemente distintivos y susceptibles de representación gráfica” (CAN, Decisión 344, 1993, art. 81). En esta interpretación, el ente judicial se pronuncia de manera importante al amparo del consumidor y al derecho del titular de la marca, señalando que un signo, además de perceptible, debe ser materialmente representativo a fin de eliminar cualquier indicio de confusión, de forma que, la marca que carece de fuerza distintiva es irregistrable, por ser aquella una condición necesaria, que de permitirse su registro atentaría contra el interés del titular de la marca y de los consumidores (TJCA, 127-IP-2003, 2004).

15. Podrán registrarse como marcas los signos que sean perceptibles, suficientemente distintivos y susceptibles de representación gráfica. Se entenderá por marca todo signo perceptible capaz de distinguir en el mercado, los productos o servicios producidos o comercializados por una persona de los productos o servicios idénticos o similares de otra persona. (CAN, Decisión 344, 1993, art. 81)

Del mismo modo, en el proceso anterior, el Tribunal toma el concepto de la perceptibilidad, con la cual debe contar la marca ante el público donde se pretende entrever, para ello, es necesario que el consumidor pueda reconocer el signo a través de los sentidos, a fin de que este sea captado, retenido y asimilado. La percepción entonces cobra relevancia en tanto un signo que se identifica perceptible, cuenta con cierto grado de detección visual, bien sea en letras, palabras, figuras, dibujos o cifras, que le permiten su diferenciación con los otros signos (TJCA, 67-IP-2002, 2002).

Con la llegada de la Decisión 486 del año 2000, se amplía el marco jurisprudencial sobre el tema en cuestión, lo que permite ahondar en el transcurso de diversos asuntos hasta la actualidad, observando la teleología que intenta impregnar el juez andino frente a la idea del comercio transparente comunitario y los esfuerzos jurídicos por combatir a las prácticas desleales.

Inicialmente, se resalta la decisión del proceso 14-IP-2007, uno de los referentes primarios para entender desde qué óptica se aprecian las intenciones de posibles prácticas desleales en el registro marcario. En este caso, la sociedad Industrias Mayka S.A. mediante escrito presentado ante la SIC, demandó por competencia desleal a la sociedad Manufacturas y Creación Ltda. - Mayka Ltda., bajo el supuesto de encontrarse utilizando de manera fraudulenta signos distintivos en la comercialización de borradores de similitud idéntica en los empaques de las dos compañías. En este asunto, el TJCA marcó un relevante precedente en atención a que; pese al momento de registrar una marca, es factible que se puedan llevar a cabo intenciones de competencia desleal cuando los signos guarden similitud (TJCA, 14-IP-2007, 2007). Se aspira a que en el ámbito de comercio andino, las empresas cuenten con la garantía de la titularidad de su signo y el resguardo frente al consumidor sobre el producto por adquirir¹⁶. En tal sentido, el TJCA estableció:

Si bien la conducta de registrar una marca idéntica o similar a otra puede ser producto de la coincidencia o el azar, también puede tener diversas intenciones. Dichas intenciones o intereses pueden darse para consolidar

16. Precedente jurisprudencial que tendrá recabo en la raíz de la decisión del proceso 45-IP-2015, en donde el Tribunal determinó “se busca evitar que el consumidor asocie el origen de un producto o servicio a otro origen empresarial distinto, ya que, con la sola posibilidad del surgimiento de dicho riesgo, los empresarios se beneficiarían sobre la base de la actividad ajena” (TJCA, 45-IP-2015, 2015).

o perpetuar actos de competencia desleal, que pueden ir desde un acto de descrédito comercial hasta crear confusión en relación con el establecimiento, los productos o la actividad de un competidor. (TJCA, 14-IP-2007, 2007)

Es de señalar que a la par con la jurisprudencia de la Unión Europea, el TJUE también ha observado en repetitivas sentencias al riesgo de confusión como un aspecto fundamental en miras de generar protección a sus consumidores, estableciendo: “La evaluación global del riesgo de confusión implica una cierta interdependencia de los factores tomados en consideración y, en particular, de la similitud de las marcas y de los productos o servicios designados” (TJEU, T-81/03, T-82/03 y T-103/03, 2006). Es decir, se pretende advertir que al momento de solicitud del registro marcario, lo ideal será analizar el factor de similitud que puede derivarse entre signos y marcas, con el fin de evitar el riesgo de confusión.

Sucesivamente, en el caso 70-IP-2008, se abordó la oposición de registro de la sociedad Sheraton International, INC. respecto a la solicitud de la sociedad Muebles & Accesorios Ltda., por el uso de la marca denominativa Sheraton; entre los fundamentos de la demanda, se destaca que por parte del Tribunal se observó: I. la cuestión de notoriedad del signo; II. La diferenciación en la clasificación NIZA, siendo la demandante comercializadora de servicios hoteleros y la demandada de bienes mobiliarios; y III. La protección más allá de los principios de especialidad y territorialidad del signo Sheraton. En este proceso y en aras de solucionar la controversia, el ente judicial realiza un significativo análisis centrado en la conexión competitiva entre las marcas para dirimir el conflicto, situación que encarga a la oficina de registro del país correspondiente, a fin de examinar si existen verdaderamente posibles actos de competencia desleal, aun cuando los productos y servicios ofrecidos por las marcas tuviesen diferente clase en la nomenclatura internacional, evidenciando entonces, la protección al consumidor y el análisis competitivo del registro para impedir actos que tácitamente se puede convertir en desleales (TJCA, 70-IP-2008, 2008).

Se puntualiza que en la interpretación previa, el TJCA también brinda una explicación concreta sobre el riesgo de confusión, definiéndolo como “la posibilidad de que el consumidor al adquirir un producto piense que está adquiriendo otro (confusión directa), o que piense que dicho producto tiene un origen empresarial diferente al que realmente posee (confusión

indirecta)” (TJCA, 70-IP-2008, 2008), concepto de especial acogida en pronunciamientos posteriores.

En el proceso 139-IP-2011, se retoma el sentido de la decisión expuesta y en el desarrollo de un asunto sobre la irregistrabilidad de signos entre la marca Clorivil y su posible confusión con la marca Clinoril, el Tribunal de manera enfática estableció:

Según la Normativa Comunitaria Andina, no es registrable un signo confundible, ya que no posee fuerza distintiva; de permitirse su registro se estaría atentando contra el interés del titular de la marca que haya sido registrada, así como el de los consumidores. (TJCA, 139-IP-2011, 2012)

Proceso que advierte en la insistencia de que las prohibiciones anteriormente plasmadas por el Tribunal se dan con el propósito estricto de perseguir un mercado de productos y servicios honesto¹⁷.

Mediante el asunto 126-IP-2009, se marcó un precedente relevante, al hacerse una referencia explícita sobre el obrar de buena fe en el registro de marcas, estipulando:

Para que una marca registrada llegue a consolidarse, es necesario que su titular haya obrado de buena fe al momento de proceder a solicitar su registro. En tal sentido, quien alega la causal de irregistrabilidad del artículo 137, deberá probar que el registro se hubiese solicitado para perpetrar, facilitar o consolidar un acto de competencia desleal. (TJCA, 126-IP-2009, 2010)

Asunto con intervención de América Móvil sobre la marca Telecom Américas y la sociedad Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP. sobre la marca Telecom.

En los asuntos No. 87-IP-2013 y 72 IP-2014, es trascendente el análisis del Tribunal respecto a marcas notorias en países extracomunitarios, es decir se admite la extensión del ámbito del TJCA en prevención a actos de

17. Bajo un análisis comparativo, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha sido equivalente en observar frente al riesgo de confusión que “La evaluación global del riesgo implica una cierta interdependencia de los factores tomados en consideración y, en particular, de la similitud de las marcas y de los productos o servicios designados” (TJUE, T-81/03, T-82/03, y T-103/03, 2006). Es decir, lo que se pretende advertir es que al momento de solicitud del registro marcario se analice principalmente el factor de similitud que puede derivarse entre signos y marcas, con el fin de evitar riesgo de confusión.

competencia desleal más allá de los países intervinientes comunes y por lo tanto, miembros de la CAN.

Frente al primer caso, Munich S.L. v. Giovanni García Ríos, con relación al registro de la marca mixta Munich por parte del segundo para amparar productos de la clase 25 de la Clasificación Internacional de Niza (Prendas de vestir, calzado, artículos de sombrerería); el demandante fundamentó la oposición de registro debido a que dicho signo ya se encontraba inscrito en diversos países del mundo tales como: España, Argelia, Estados Unidos, México, (...), Japón y Países de la Unión Europea (TJCA, 87-IP-2013, 2013). En este asunto, es de suma importancia la fijación de parámetros consecuenciales que especifica el Tribunal, en caso de que no se acate con el obrar de buena fe a través del registro marcario y se proceda en contra del contexto de transparencia comercial aludido, precisando las siguientes implicaciones:

1. Se desconocerá el derecho de prelación obtenido por la presentación de su solicitud de registro;
2. Se denegará el registro en atención a la causal contenida en el artículo 136 literal d) de la Decisión 486; o,
3. Se sancionará con la nulidad el registro obtenido de mala fe. (TJCA, 87-IP-2013, 2013)

Los postulados enunciados, sirvieron de fundamento para emitir sentencia en el segundo proceso 72-IP-14, el cual se relaciona con el supuesto de registro de mala fe por parte de la marca Art & Fashion en vínculo con la sociedad estadounidense A & F Trademark INC., donde el Tribunal de manera concreta recoge los parámetros ya dictados y en concordancia al Art 136 de la Decisión 486, estima pertinente:

Para catalogar un acto como desleal por confusión, es necesario que los competidores concurren en un mismo mercado físico o electrónico. Lo anterior es así, ya que si no hay competencia, es decir, si los actores no concurren en un mismo mercado no se podría hablar de competencia desleal. (TJCA, 72-IP-2014, 2014)

Los pronunciamientos de referencia, permiten evidenciar el carácter transnacional y la importancia que conlleva acatar las interpretaciones prejudiciales proferidas por el TJCA, no sólo delimitadas al contexto empresarial que rige a los miembros de la CAN, sino también las que surgen en el exterior, ampliando su ámbito judicial de percepción para que los entes empresariales extranjeros presten atención a la normativa comunitaria en el tema de posicionar y registrar sus marcas al interior de los países andinos.

Siguiendo este hilo jurisprudencial, en el caso 558-IP-2016, concerniente a la solicitud de irregistrabilidad del signo Culebras por existir un supuesto de vínculo comercial que generaría confusión entre las sociedades Merderer GmbH y terceros interesados; se hace plausible el argumento del Tribunal en cómo los países y sus respectivos órganos de registro deberán comprender la noción de confundibilidad de los signos, al establecer:

Con relación a los actos de competencia desleal por confusión, cabe reiterar que los mismos no se refieren propiamente a la confundibilidad entre los signos distintivos de los productos competidores, toda vez que tal situación se encuentra sancionada por un régimen específico, sino en la confusión en que aquellos actos pudieran producir en el consumidor en lo que concierne al establecimiento, los productos o la actividad económica de un competidor determinado, impidiéndole elegir debidamente, según sus necesidades y deseos¹⁸. (TJCA, 558-IP-2016, 2018)

Así mismo, el Tribunal en decisiones actuales, continúa haciendo énfasis en la utilidad con la que cuenta la marca, su preponderancia distintiva y su relación con la calidad y el tipo de consumidor en el mercado, a fin de que se prioricen las elecciones por el adquirente teniendo una clara diferenciación entre el producto de una marca y otra, sin que ello genere equivocación.

No pasa desapercibido que, en procesos recientes, se ha hecho una delimitación más concreta frente a los aspectos a considerar en el marco andino para evitar prácticas desleales, de tal manera que, en el caso 164-IP-2018, donde se analizó la posible existencia de riesgo de confusión y actos de aprovechamiento indebido de la reputación ajena entre Monster Energy v. Garu; el TJCA hizo hincapié a la observancia en el mercado del interés general de sus participantes para que el desarrollo común del comercio se base en intereses legales y legítimos. Lo dispuesto, debido a la discusión frente al registro y titularidad sobre una marca de fantasía por parte de Monster Energy, es decir caracterizada por su distinción gráfica e ingenio propio (TJCA, 164-IP-2018, 2019).

Consecuencialmente, en el asunto 130-IP-2019, la sociedad Tiendas Peruanas S.A. fue demandada por su presunto uso indebido de la marca Royal County of Berkshire Polo Club, por tratar de generar confusión con

18. Criterio objeto de réplica en los procesos: 499-IP-2016, 186-IP-2017 y 43-IP-2018.

la marca Beverly Hills Polo Club, cuya titularidad pertenece a Lifestyle Equities CV. En este proceso, el ente judicial hace énfasis en dos aspectos importantes para tener en cuenta por la oficina de registro. En primer lugar, el posicionamiento empresarial de la demandante, bajo la premisa de que es la utilización indebida del prestigio ajeno lo cual se requiere sancionar y; en segundo lugar, la especial observancia que se debe tener en razón a la protección reforzada con la cual cuenta una marca notoria en el mercado para generar un comercio transparente (TJCA, 130-IP-2019, 2019).

En ambos asuntos previamente expuestos, El TJCA realiza una trascendente consolidación de lineamientos específicos para tratar el tema de competencia desleal en el registro marcario en fundamento al literal a) del artículo 259 de la Decisión 486¹⁹, a saber:

I. No se refiere propiamente al análisis de confundibilidad de los signos distintivos, aunque pueden presentarse situaciones en que la imitación de un signo distintivo genere riesgo de confusión o asociación en el público consumidor...

II. La norma se refiere a cualquier acto capaz de crear confusión por cualquier medio. Lo anterior quiere decir que se pueden presentar diversas maneras de crear confusión respecto de los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor. Pueden, en efecto, darse en forma de artificios, engaños, aseveraciones, envío de información, imitación, productos, envases, envolturas, etc. En este sentido, la utilización de un signo, distintivo ajeno para hacer pasar como propios productos ajenos es considerada como una práctica desleal.

III. Para catalogar un acto como desleal, es condición necesaria que los competidores concurren en un mismo mercado... (TJCA, 164-IP-2018, 2019; 130-IP-2019, 2019)

Pautas de suma importancia que ya habían sido objeto de estudio y análisis en el lapso de las decisiones precedentes y que ahora, se encuentran sintetizadas en las tres características ya expuestas de la norma, con el propósito de dar sentido jurídico y comprender la esencia jurisprudencial en que se basa la idea de generar comercio honesto sin que se encuentre ligado a la perpetración de actos desleales por confusión en el registro de marcas.

19. Constituyen actos de competencia desleal vinculados a la propiedad industrial, entre otros, los siguientes: a) cualquier acto capaz de crear una confusión, por cualquier medio que sea, respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor. (CAN, Decisión 486, 2000, art. 259)

Del análisis de la jurisprudencia abordada, se permite dilucidar avances significativos en la hermenéutica del TJCA que se han llevado de manera progresiva con el fin de prevenir bajo los mayores esfuerzos jurídicos las prácticas desleales en el registro marcario del comercio andino, que incluso, han pasado frontera para ampliar su interpretación hacia un carácter extracomunitario, lo cual hace posible recoger los lineamientos más relevantes del tema en cuestión y que serán tratados en la siguiente sección del presente escrito.

3. LINEAMIENTOS PARA EVITAR PRÁCTICAS DESLEALES EN EL REGISTRO MARCARIO SEGÚN LA TRAYECTORIA JURISPRUDENCIAL DEL TJCA

De acuerdo con el análisis realizado, es posible extraer distintos lineamientos que la jurisprudencia del Tribunal Andino ha desarrollado a lo largo de su trayectoria, los cuales se permite observar, son de repercusión constante en sus pronunciamientos a posteriori, y que en aras de evitar prácticas desleales en el registro marcario, resulta significativo traer a colación como resultado final del estudio efectuado en el presente artículo.

En síntesis, los lineamientos son los siguientes:

- I. Bastará la sola existencia del riesgo de confusión o asociación en la solicitud de registro de una marca, para que se lleve a cabo su prohibición registral.
- II. La fuerza distintiva que debe poseer un signo reviste un carácter fundamental para la titularidad de la marca y su reconocimiento al consumidor.
- III. Para la consolidación del registro marcario, se requiere que el titular obre de buena fe, de lo contrario, la solicitud será denegada.
- IV. Si se concedió el registro de una marca que fue constituida de mala fe, se podrá solicitar su nulidad y sanción.
- V. Para que se configure un acto de competencia desleal por confusión, los actores deberán concurrir en un mismo mercado, bien sea físico o electrónico.
- VI. La confusión en actos de competencia desleal debe entenderse respecto a la asimilación del consumidor que le impida elegir debidamente, según sus necesidades y deseos frente: a) al establecimiento;

b) los productos; c) la actividad económica de un competidor determinado.

VII. Se considera una práctica desleal hacer pasar como propios productos derivados de la utilización de un signo distintivo ajeno.

VIII. El ordenamiento andino propugna por el disfrute de los derechos de manera sana, leal y transparente.

CONCLUSIONES

Con el análisis efectuado, se pretende transmitir la trascendencia del registro marcario sobre los esfuerzos del TJCA para evitar la perpetración de actos de competencia desleal en el comercio andino, siguiendo un desarrollo jurisprudencial que ha tenido como fundamento la norma andina de Propiedad Industrial y la noción de implementar prácticas de sana concurrencia en el mercado por parte de las naciones.

En cuanto al proceso de integración de la CAN, se distingue que el contar con un órgano jurisdiccional de carácter supranacional y el único ente judicial comunitario a nivel de Latinoamérica, ha permitido la consolidación de un ordenamiento vinculante en Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú, capaz de abarcar un amplio desarrollo del derecho andino en la constante búsqueda de una dinámica económica honesta y procurando, en la mayor medida de lo posible, que al interior de los Estados y por parte de los empresarios se eviten actos desleales al momento de registrar sus marcas.

Se hace notorio que la jurisprudencia del TJCA ha tenido significativos avances sobre la restricción de competencia desleal, importancia que ha llevado a su extensión hermenéutica más allá de los países miembros, al recibir asuntos de intervinientes extracomunitarios respecto al registro de marcas, lo cual, ha brindado la posibilidad de delimitar la afluencia en los mercados para que un acto se considere desleal y la fijación de criterios circunstanciales de desconocimiento de la solicitud, denegación y sanción de nulidad en el registro marcario cuando no se acate la lealtad y la buena fe comercial.

El análisis efectuado tiende a manifestar la manera en que las marcas registradas pueden ser empleadas, de manera inescrupulosa, desleal y de mala fe, para generar actos de competencia desleal, y que los mismos se pueden presentar a la hora de realizar el registro marcario teniendo en consideración la manera en que se identifican escenarios o situaciones en las que se puede generar dicha competencia desleal.

Finalmente, se realiza la labor del TJCA, que ha puesto en manifiesto como eje central de sus providencias al consumidor y su participación selectiva y activa en el mercado, teniendo en consideración: su percepción en los productos y servicios a adquirir; el análisis que realice sobre el origen empresarial de la marca, la intuición entre sus gustos y preferencias para escoger determinado signo distintivo y en efecto, todos aquellos requerimientos que le permitan llevar una afluencia sana en el comercio.

REFERENCIAS

- Andrade, P., Ponce, A. y Ponce, C. (2009). La competencia desleal en Ecuador. *Revista Jurídica de Propiedad Intelectual*, 1, 49-72. https://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/2009/07/2-la_competencia_desleal.pdf
- Britannica. (2013). *Andean Community*. <https://www.britannica.com/topic/Andean-Community#ref733076>
- Cancillería de Colombia. (s.f.). *Comunidad Andina de Naciones (CAN)*. <https://www.cancilleria.gov.co/international/regional/can>
- Comisión de la Comunidad Andina. (2000). Decisión 486. Régimen Común de Propiedad Industrial. <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gace600.pdf>
- Comunidad Andina de Naciones [CAN]. (1979). Decisión 472. Codificación del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. <http://www.sice.oas.org/trade/junac/decisiones/DEC472s.ASP>
- Comunidad Andina de Naciones [CAN]. (1993). Decisión 344. Régimen común sobre propiedad industrial. <http://www.sice.oas.org/trade/junac/decisiones/dec344s.asp>
- Comunidad Andina. (s.f.). *Sistema Andino de Integración - SAI*. <https://web.archive.org/web/20210703075054/http://www.comunidadandina.org/Seccion.aspx?tipo=SA>
- De Tomaso, C. (2017). La Coparticipación de los Jueces Comunitarios en la Administración de Justicia. *Podium*, (31), 1-19. <https://doi.org/10.31095/podium.2017.31.1>
- Gagliuffi, I. (2021). *La Comunidad Andina publica el régimen común sobre la 'Marca País' y su protección en bloque*. Garrigues. https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/comunidad-andina-publica-regimen-comun-marca-pais-proteccion-bloque

- Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht [GRUR]. (2020). Protection of Color Trademarks Delimited by Non-Distinctive Shapes. *GRUR International*, 69(12), 1254-1261. <https://doi.org/10.1093/grurint/ikaa142>
- Herrera, J. (s.f.). *Competition Protection*. Superintendencia de Industria y Comercio. <https://www.sic.gov.co/content/competition-protection-0>
- International Democracy Watch. (s.f.). *Andean Community of Nations*. <https://web.archive.org/web/20200221185218/http://www.internationaldemocracywatch.org/index.php/andean-community-of-nations?epriavacy=1>
- Pazmiño, A. y Torres, D. (2016). *Estimación de las elasticidades del comercio exterior del Ecuador durante el periodo 2000-2015* [Tesis de pregrado, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil]. Repositorio Digital UCSG. <http://repositorio.ucsg.edu.ec/handle/3317/6899>
- Ruiz, N. (2020). *La propiedad industrial 'andina': Así se protege una marca en Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú*. Garrigues. <https://blogip.garrigues.com/marcas/la-propiedad-industrial-andina-asi-se-protege-una-marca-en-bolivia-colombia-ecuador-y-peru?cn-reloaded=1>
- San Miguel, W. (2018). El derecho comunitario andino y su desarrollo normativo. *Revista Peruana de Derecho Internacional*, (159), 101-116. <https://docplayer.es/186630599-Revista-peruana-de-derecho-internacional-tomo-lxviii-mayo-agosto-2018-n-159-pp-issn.html>
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (1990, 20 de septiembre). Proceso 2-IP-90 [M.P.: Crespo, C.].
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (1997, 16 de abril). Proceso 27-IP-1996 [M.P.: Calle, J.].
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (1997, 31 de octubre). Proceso 28-IP-1996 [M.P.: Calle, J.].
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (2002, 15 de noviembre). Proceso 67-IP-2002 [M.P.: Vigil, R.].
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (2004, 1 de septiembre). Proceso 85-IP-2004 [M.P.: Kaune, W.].
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (2004, 21 de enero). Proceso 127-IP-2003 [M.P.: Kaune, W.].
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (2007, 21 de marzo). Proceso 14-IP-2007. [M.P.: Vigil, R.].
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (2008, 2 de julio). Proceso 70-IP-2008 [M.P.: Salgado, O.].

- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (2010, 20 de enero). Proceso 126-IP-2009 [M.P.: Villarroel, C.].
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (2012, 19 de enero). Proceso 139-IP-2011 [M.P.: Vergara, L.].
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (2013, 25 de septiembre). Proceso 87-IP-2013 [M.P.: Villarroel, C.].
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (2014, 12 de febrero). Proceso 22-IP-2013 [M.P.: Villarroel, C.].
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (2014, 28 de octubre). Proceso 72-IP-2014 [M.P.: Ayllón, C.].
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (2015, 25 de marzo). Proceso 45-IP-2015 [M.P.: Ayllón, C.].
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (2015, 29 de abril). Proceso 17-IP-2013 [M.P.: Díez, L.].
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (2017, 17 de febrero). Proceso 669-IP-2015 [M.P.: Gómez, H.].
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (2018, 14 de junio). Proceso 558-IP-2016 [M.P.: Vergara, L.].
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (2019, 26 de julio). Proceso 130-IP-2019 [M.P.: Gómez, H.].
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (2019, 3 de junio). Proceso 164-IP-2018 [M.P.: Vergara, L.].
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta. (2000, 6 de febrero) Asunto T-88/00. [M.P.: Mengozzi, P.].
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Quinta. (2006, 14 de diciembre). Sentencia en los asuntos acumulados T-81/03, T-82/03 y T-103/03 [M.P.: Vilaras, M.].
- Velázquez, J. (2005). *Derecho internacional público en la agenda política de las relaciones internacionales*. UNAM.
- World Intellectual Property Organization [WIPO]. (s.f.). *Summary of the Nice Agreement Concerning the International Classification of Goods and Services for the Purposes of the Registration of Marks (1957)*. https://www.wipo.int/treaties/en/classification/nice/summary_nice.html

LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE TRABAJO IGUAL, SALARIO IGUAL EN EL SERVICIO SOCIAL OBLIGATORIO EN ENTIDADES ESTATALES EN COLOMBIA

Andrés Alfonso Benítez Caicedo¹

Fecha de recepción: 14 de septiembre de 2022

Fecha de aceptación: 30 de noviembre de 2022

Referencia: Benítez, A. (2022). La aplicación del principio de trabajo igual, salario igual en el Servicio Social Obligatorio en entidades estatales en Colombia. *Revista Científica Codex*, 8(15), 127-144.

RESUMEN

Desde su creación, el servicio social obligatorio -SSO- ha contribuido a la solución de los problemas de salud en poblaciones deprimidas urbanas o rurales de difícil acceso, razón por la cual su regulación y reglamentación ha procurado establecer los criterios técnicos y administrativos para el adecuado desempeño del servicio.

Pese a la regulación existente, se identifica una problemática de inadecuadas condiciones laborales de los profesionales del SSO, las cuales se traducen en un trato diferencial en materia salarial y prestacional respecto al personal de planta en las entidades estatales.

A partir de un análisis cualitativo con enfoque hermenéutico de fuentes bibliográficas y de la jurisprudencia de los órganos de cierre de la jurisdicción constitucional, ordinaria y contenciosa administrativa se delimita la evolución normativa del SSO y los criterios de interpretación

1. Abogado, Universidad de Nariño. Especialista en Derecho Laboral y Relaciones Industriales, Universidad Externado de Colombia, egresado de la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad de Nariño - andresbenitez95@hotmail.com

jurisprudencial en torno a las reclamaciones de emolumentos laborales por vía judicial a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Las conclusiones aclaran el panorama en torno al régimen legal salarial y prestacional vigente de los profesionales del SSO y la aplicación del principio de trabajo igual, salario igual en los conflictos jurídicos entre los profesionales del SSO y entidades estatales.

Palabras clave: servicio social obligatorio, entidades estatales, trabajo igual salario igual.

ABSTRACT

Since its creation, the compulsory social service -SSO- has contributed to the solution of health problems in depressed urban or rural populations of difficult access, which is why its regulation and regulation have sought to establish the technical and administrative criteria for adequate performance from service.

Despite the existing regulation, a problem of inadequate working conditions of OHS professionals is identified, which translates into differential treatment in terms of salary and benefits with respect to permanent staff in state entities.

From a qualitative analysis with a hermeneutical approach of bibliographical sources and the jurisprudence of the closing bodies of the constitutional, ordinary and contentious administrative jurisdiction, the normative evolution of the SSO and the criteria of jurisprudential interpretation around the claims of emoluments are delimited. by judicial means through the action of annulment and reestablishment of the right.

The conclusions allow us to identify the legal salary and benefits system in force for OHS professionals and the application of the principle of equal work, equal pay in legal conflicts between OHS professionals and state entities.

Keywords: compulsory social service, state entities, equal work equal pay.

INTRODUCCIÓN

El servicio social obligatorio -SSO- de los profesionales de medicina, odontología, enfermería y bacteriología se ha desarrollado sobre criterios técnicos que permiten el desarrollo del conocimiento en una relación

directa y práctica con la sociedad a través de la prestación de sus servicios en entidades estatales.

Para tales fines, el Estado colombiano ha reglamentado la prestación del SSO como un mecanismo para acceder a la obtención del título, facilitando el acceso de tales servicios a las poblaciones rurales o deprimidas en el territorio colombiano.

Es por ello que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 50 de 1981 se estableció formalmente la prestación del SSO como requisito para la obtención del título, así como las condiciones remunerativas y el régimen prestacional del personal de salud; regulación que tuvo vigencia hasta la reglamentación del artículo 33 de la Ley 1164 de 2007 con la entrada en vigencia de la Resolución 1058 de 2010 expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social; siendo posteriormente modificada por la Resolución 2358 de 2014 expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social, la cual estableció el procedimiento para la asignación de plazas del SSO en la modalidad de prestación de servicios de salud; y más adelante, derogadas con la entrada en vigencia de la Resolución 774 de 2022 expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social, la cual reglamenta en la actualidad el SSO para los egresados de los programas de educación superior del área de la salud.

La regulación legal del SSO, no ha sido ajena a las reiteradas peticiones y reclamos elevados ante las instituciones que tienen a su cargo velar por el cumplimiento de las obligaciones asignadas en la normatividad vigente, tales como el Ministerio de Salud y Protección Social o los Institutos Departamentales de Salud de cada región, factor que ha permitido identificar en los estudios existentes sobre la materia sendas problemáticas en la ejecución del SSO, las cuales se centran en los siguientes factores:

- i.) Las discrepancias sobre la misión y los objetivos entre las instituciones formadoras, el gobierno de turno y las entidades prestadoras de servicios;
- ii.) Falta de definición de una política de recursos humanos de la salud;
- iii.) Obsolescencia, ausencia o descoordinación de normas;
- iv.) Cumplimiento coercitivo del servicio;
- v.) Inadecuadas condiciones laborales en zonas rurales y marginales;
- vi.) Dificultades para su desarrollo en la organización social existente por la falta de presupuesto;
- vii.) Carencia de consensos y coordinación entre las Universidades, el Gobierno Central y los Centros Hospitalarios. (Moya, 2014)

La problemática en materia de inadecuadas condiciones laborales que enfrenta el personal de salud ha conllevado en reiteradas oportunidades a acudir a instancias judiciales a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, generando un conflicto jurídico entre los profesionales del SSO y las entidades estatales que han desconocido sus prerrogativas,

Por ello, el presente artículo tiene por finalidad resolver los siguientes problemas jurídicos, a saber: (i) ¿Cuál es el régimen legal salarial de los profesionales del SSO? y, (ii) Si conforme al criterio jurisprudencial vigente del Consejo de Estado los profesionales que cumplen el SSO en entidades estatales tienen derecho a que se les reconozca y pague la diferencia salarial y prestacional por sus servicios prestados.

A partir de tal análisis, se determina la evolución en torno al régimen legal que regula las relaciones jurídicas entre los profesionales del SSO y las entidades estatales, así como una aproximación conceptual del principio de salario igual, trabajo igual ligado a la interpretación jurisprudencial de los órganos de cierre de la jurisdicción constitucional, ordinaria y contenciosa administrativa, concluyendo con el análisis de la postura del Consejo de Estado frente a las garantías laborales vigentes y los mecanismos jurídicos para hacer efectivas tales prerrogativas.

1. EVOLUCIÓN NORMATIVA DEL SERVICIO SOCIAL OBLIGATORIO

El primer antecedente en Colombia respecto al SSO se relaciona con la expedición del Decreto 3842 de 1949 por medio del cual se creó el Servicio de Salubridad Rural como requisito para otorgar el título de médico o cirujano (Decreto 3842, 1949, art. 8).

Posteriormente, se expidió la Ley 50 de 1981 por medio de la cual se creó el SSO en todo el territorio nacional, reglamentando entre otras disposiciones, las condiciones para la prestación del servicio, la extensión a nacionales y extranjeros graduados en el exterior, la duración de un (1) año del servicio, la fecha de realización de forma posterior a la obtención del título, la obligatoriedad para obtener el título, la tasa remunerativa y el régimen prestacional (Ley 50, 1981).

Es menester precisar que la Ley 50 de 1981 fue objeto de reglamentación mediante la expedición del Decreto 2396 de 1981 el cual amplió las profesiones que debían cumplir con el SSO, la duración del

servicio, los sitios donde podía llevarse a cabo la prestación del servicio y las disposiciones que en materia de personal se aplicaría a los profesionales que presten el servicio en dichas entidades (Decreto 2396, 1981, arts. 1-3), siendo complementadas sus disposiciones con la entrada en vigencia del Decreto 3289 de 1982 puesto que disminuyó la duración del SSO a seis (6) meses en las zonas que fueron afectadas por enfrentamientos armados o acciones subversivas (Decreto 3289, 1982, art. 1).

Luego, mediante Decreto 1155 de 1983 modificó las disposiciones del Decreto 2396 de 1981 ampliando las profesiones que debían cumplir con el SSO, esto es, medicina, odontología, microbiología, bacteriología, laboratorio clínico y enfermería (Decreto 1155, 1983, art. 1).

Más adelante, se expidió el Decreto 2865 de 1994 por medio del cual se reglamentó parcialmente la Ley 50 de 1981 estableciendo en cabeza de “las Direcciones Seccionales, Distritales y Locales de Salud, la selección, aprobación y renovación de las plazas para el cumplimiento del SSO con sujeción a los criterios que fije el Ministerio de Salud, así como a las normas técnicas que expida para la prestación de dicho servicio” (Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Sincelejo, S093, 2017).

Es menester traer a colación que el artículo 3 de la precitada norma estableció expresamente la siguiente obligación, a saber:

Para la aprobación de las plazas de que trata el artículo 1º del presente Decreto, la entidad solicitante debe contar con la correspondiente disponibilidad presupuestal, y cumplir con las demás disposiciones que en materia de vinculación de personal rijan en las entidades a las cuales se vinculen. (Decreto 2865, 1994, art. 3)

Por otra parte, mediante Resolución 795 de 1995 el Ministerio de Salud estableció los aspectos técnicos y administrativos para la prestación del SSO, razón por la cual desarrolló los nuevos criterios para que las Direcciones Seccionales, Distritales y Locales de Salud certificadas, aprobaran y renovaran plazas para este servicio (Resolución 795, 1995, art. 1).

Entre otras disposiciones, el artículo 10 de la precitada norma estableció que las Direcciones de Salud, así como las instituciones prestadoras de servicios de salud públicas o privadas deberán hacer la equivalencia salarial de los cargos del SSO a los de planta de personal de la respectiva entidad, para las mismas profesiones, estando sujetos a las disposiciones vigentes

que en materia de administración de personal, salarios y prestaciones sociales rijan en cada entidad (Resolución 795, 1995, art. 10).

Ahora bien, el párrafo 5 del artículo 33 de la Ley 1164 de 2007 sustituyó para todos los efectos del personal de salud las disposiciones del SSO creado mediante Ley 50 de 1981. Así, el artículo 33 de la ley en comento dispuso expresamente:

Créase el Servicio Social Obligatorio para los egresados de los programas de educación superior del área de la salud, el cual debe ser prestado en poblaciones deprimidas urbanas o rurales o de difícil acceso a los servicios de salud, en entidades relacionadas con la prestación de servicios, la dirección, la administración y la investigación en las áreas de la salud. El Estado velará y promoverá que las instituciones prestadoras de servicios (IPS), Instituciones de Protección Social, Direcciones Territoriales de Salud, ofrezcan un número de plazas suficientes, acorde con las necesidades de la población en su respectiva jurisdicción y con el número de egresados de los programas de educación superior de áreas de la salud.

El servicio social debe prestarse, por un término no inferior a seis (6) meses, ni superior a un (1) año.

El cumplimiento del Servicio Social se hará extensivo para los nacionales y extranjeros graduados en el exterior, sin perjuicio de lo establecido en los convenios y tratados internacionales. (Ley 1164, 2007, art. 33)

Las disposiciones de la Ley 1164 del 2007 en materia salarial y prestacional, fueron reglamentadas por la Resolución 1058 del 2010 suscrita por el Ministro de Protección Social, la cual en su artículo 15, dispone:

Las plazas del Servicio Social Obligatorio se proveerán mediante la vinculación de los profesionales a la institución a través de nombramiento o contrato de trabajo, o en su defecto, por medio de contrato de prestación de servicios, garantizando su afiliación al Sistema de Seguridad Social Integral y una remuneración equivalente a la de cargos desempeñados por profesionales similares en la misma institución. Se deberán constituir pólizas para el aseguramiento de riesgos a que haya lugar. (Resolución 1058, 2010, art. 15)

Por su parte, mediante Resolución 2358 de 2014 se reguló el procedimiento para la asignación de plazas del SSO de las profesiones de medicina, odontología, enfermería y bacteriología en la modalidad de

prestación de servicios de salud, derogando las disposiciones del artículo 15 de la Resolución 1058 de 2010 (Resolución 2358, 2014).

Finalmente, la Resolución 774 de 2022, derogó las disposiciones de la Resolución 1058 de 2010 y la Resolución 2358 de 2014 al reglamentar de forma expresa el SSO para los egresados de los programas de educación superior del área de la salud, estableciendo expresamente las condiciones de vinculación y remuneración en los siguientes términos:

Vinculación y remuneración. Las plazas del Servicio Social Obligatorio se proveerán mediante la vinculación de los profesionales a la institución a través de nombramiento o contrato de trabajo. La remuneración deberá ser equivalente a la de cargos desempeñados por profesionales similares en la misma institución. Cuando en la institución no existan cargos desempeñados por profesionales similares, la remuneración deberá ser equivalente a la de mayor valor de cargos desempeñados por profesionales similares en las instituciones de la región o municipio más cercano al lugar de prestación del Servicio Social Obligatorio. En el evento en que el Servicio Social Obligatorio deba prestarse en zonas con poblaciones deprimidas urbanas y rurales o de difícil acceso a los servicios de salud, las instituciones establecerán incentivos para los profesionales de la salud que ocupen dichas plazas, tales como pago de transporte aéreo, marítimo, fluvial o terrestre, subvención del alojamiento y alimentación, entre otros. (Resolución 774, 2022, art. 32)

Bajo tales supuestos, del recuento normativo se puede concluir que las múltiples leyes, decretos y resoluciones, no tienen otra finalidad que salvaguardar los derechos de los profesionales de medicina, odontología, enfermería y bacteriología que prestan su labor, ofreciendo un régimen salarial equitativo, y que, en ningún caso, pueda ser inferior a la de los cargos de planta de las entidades estatales.

2. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL DEL PRINCIPIO DE SALARIO IGUAL TRABAJO IGUAL

El artículo 53 de la Constitución Política de Colombia consagró entre otros principios fundamentales la remuneración mínima, vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, garantizando a la par la protección del trabajo en condiciones dignas y justas y el principio de igualdad de dar el mismo trato a las personas que se encuentran en idéntica situación (Corte Constitucional, Sala Plena, C-408, 2021).

A partir de tales postulados, la doctrina en consonancia con los órganos de cierre de la jurisdicción ordinaria, constitucional y contenciosa administrativa, han realizado una aproximación conceptual del denominado principio de a trabajo igual, salario igual, definiendo entre otros aspectos su alcance, procedencia, características y ámbito de aplicación.

Bajo este entendido, es menester iniciar el estudio a partir de las reglas de interpretación desarrollados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, quien ha definido el principio de a trabajo igual, salario igual en los siguientes términos:

El principio “a trabajo igual, salario igual” corresponde a la obligación para el empleador de proporcionarles a sus trabajadores una remuneración acorde con las condiciones reales del trabajo. Es decir, una que provenga de la observación de elementos objetivos y no de consideraciones subjetivas, caprichosas o arbitrarias. Así pues, quienes ocupan el mismo cargo, desarrollan las mismas funciones y demuestran tener las mismas competencias o habilidades para cumplir con la tarea que se les ha encomendado, deben percibir la misma remuneración, toda vez que no existen, en principio, razones válidas para tratarlos de forma distinta. (Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión, T-369, 2016)

En criterio de dicho órgano, el derecho a la igualdad y el principio de a trabajo igual, salario igual debe ampararse en aquellos eventos en que las causas de la diferencia salarial no correspondan a causas objetivas y razonables, y a la par con ello debe confrontarse detenidamente los factores de la estructura institucional y la clasificación del cargo desempeñado al interior de cada entidad con la realidad de las funciones, competencias y habilidades desarrolladas dentro de cada institución, pues no hacerlo puede constituir una vulneración al principio de primacía de la realidad consagrado en la precitada norma constitucional.

En complemento de lo anterior, el principio de trabajo igual, salario igual, debe ampararse en aquellos eventos donde se acrediten los siguientes presupuestos, a saber:

En otras palabras el requisito indispensable para que exista una vulneración del principio en comento es precisamente la identidad de funciones entre quien alega la discriminación y quien supuestamente resulta beneficiado de la misma, además por supuesto de la existencia de una diferencia en la remuneración. (Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión, T-545A, 2007)

En el caso en concreto de los profesionales del SSO, las funciones desempeñadas pueden resultar idénticas o similares teniendo en cuenta la experiencia en el campo que se aplique su conocimiento, situación que no es óbice para desconocer la realidad en el desarrollo de actividades bajo condiciones de desigualdad salarial y prestacional.

Ahora bien, es menester advertir que la jurisdicción constitucional ha admitido la existencia de criterios válidos que pueden justificar la existencia de una diferencia salarial, tales como:

(i) criterios objetivos de evaluación y desempeño; (ii) diferencias de la estructura institucional de las dependencias públicas en que se desempeñan cargos que se muestran *prima facie* análogos; y (iii) distinta clasificación de los empleos públicos, a partir de la cual se generan diferentes escalas salariales, que responden a *cualificaciones* igualmente disímiles para acceder a dichos empleos. (Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión, T-369, 2016)

Bajo este entendido, en los eventos en los que se acredite el desarrollo de las mismas funciones o actividades al interior de las entidades estatales sin ampararse en alguno de los puntos tratados, se configura una transgresión al principio de salario igual, trabajo igual, siendo relevante dicha garantía como mecanismo de protección frente a los derechos salariales y prestaciones del personal del servicio SSO.

Por otra parte, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha precisado en reiterada jurisprudencia los criterios de interpretación del mentado principio en los siguientes términos:

Para que la garantía derivada del principio de a trabajo igual salario igual consagrado en el artículo 143 del CST, que tiene respaldo constitucional en el artículo 13 de la CN, tenga aplicación imperativa, se debe desempeñar el mismo puesto no solo en condiciones de eficiencia iguales, sino observando otros ingredientes de comparación que deben ser demostrados en el juicio, tales como la capacitación o capacidad profesional o técnica, antigüedad, experiencia, idénticas funciones, el mismo grado de responsabilidad laboral, entre otros aspectos. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL7063, 2017)

En complemento a lo establecido por la jurisdicción constitucional, para dicho órgano de cierre, la existencia de diferencias salariales no puede estar sujeta a criterios subjetivos que respondan al arbitrio del empleador y con orden discriminatorio, tal y como se expone a continuación:

Así es, porque más allá de los criterios enlistados en los arts. 5 de la L. 6ª/1945 y 143 del CST, –según los cuales las diferencias salariales solo podrá fundarse en razones de capacidad profesional o técnica, de antigüedad, de experiencia en la labor, de cargas familiares o de rendimiento en la obra, y en ningún caso en por razones de edad, género, sexo, nacionalidad, raza, religión, opinión política o actividades sindicales–, existen otros basados en razones objetivas que explican el trato diferente en oposición a la proscrita discriminación.

En esa dirección, durante décadas se ha mantenido la jurisprudencia reiterada de esta Sala de la Corte según la cual, es legítimo que existan diferencias en la remuneración de los trabajadores, siempre y cuando estén fundadas en razones objetivas que no respondan al arbitrio del empleador o a odiosas diferencias originadas en el sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica del trabajador, tal y como lo prohíbe el art. 13 de la C.P. de 1991 y lo consagran los convenios 100 y 111 de la OIT ratificados por Colombia, a través de los cuales también se regula la igualdad y no discriminación retributiva en las relaciones de trabajo subordinado.

Lo expuesto acompasa en un todo con la reiterada jurisprudencia de esta Sala, vertida entre otras en las sentencias CSJ SL rad. 24272, 10 de jun. de 2005; SL CSJ rad. 27724, ene. 23 de 2007; CSJ SL rad. 46853, 15 de abr. de 2014; SL 6217 -2014, 26 de nov. de 2014; rad. 45830; CSJ SL14403-2015 de 20 de oct. de 2015, rad. 48059, CSJ SL16217-2014 y CSJ SL5464-2015, en las que con claridad se ha adoctrinado que las diferencias en las retribuciones de trabajadores que desempeñen iguales o semejantes cargos, son acordes al ordenamiento jurídico y a los principios que lo orientan, siempre que se justifiquen u obedezcan a criterios objetivos y, que en caso contrario, se estará en presencia de la vulneración del principio de igualdad y no discriminación salarial (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL12814, 2016).

De conformidad con lo expuesto, se puede advertir que la jurisdicción ordinaria laboral acoge los criterios de interpretación de la jurisdicción constitucional, iterando que la existencia de diferencias salariales se justifica en aquellos eventos que tengan relación con criterios objetivos, so pena de encontrarse ante la vulneración del principio consagrado en el artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo.

Bajo tales presupuestos interpretativos, se centra el presente estudio en determinar la aplicación de tales postulados en torno a los profesionales de medicina, odontología, enfermería y bacteriología en el SSO en entidades estatales, teniendo en cuenta para ello, la postura vigente de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

3. RÉGIMEN LEGAL SALARIAL DE LOS PROFESIONALES DEL SERVICIO SOCIAL OBLIGATORIO - APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE SALARIO IGUAL TRABAJO IGUAL - POSTURA DEL CONSEJO DE ESTADO

En virtud del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado ha realizado una interpretación en torno al vínculo existente entre las entidades estatales y los profesionales que prestan el SSO, sin embargo, debe precisarse que la jurisprudencia no ha estudiado asuntos en los cuales se analice la derogatoria del artículo 15 de la Resolución 1058 de 2010, el cual disponía:

Las plazas del Servicio Social Obligatorio se proveerán mediante la vinculación de los profesionales a la institución a través de nombramiento o contrato de trabajo, o, en su defecto, por medio de contrato de prestación de servicios. Garantizando su afiliación al Sistema de Seguridad Social Integral y una remuneración equivalente a la de cargos desempeñados por profesionales similares en la misma institución. Se deberán constituir pólizas para el aseguramiento de riesgos a que haya lugar.

En cumplimiento de la Ley 1164 de 2007, en ningún caso los profesionales podrán ser vinculados a través de terceras personas jurídicas o naturales.

Para el caso de las zonas con poblaciones deprimidas urbanas y rurales o de difícil acceso a los servicios de salud, las instituciones establecerán incentivos para los profesionales de la salud que ocupen dichas plazas, tales como, bonificaciones, primas, pago de transporte aéreo, marítimo, fluvial o terrestre, subvención del alojamiento y alimentación, entre otros. (Resolución 1058, 2010, art. 15)

En razón a lo anterior, el presente análisis se centra en determinar los siguientes problemas jurídicos, a saber: (i) ¿Cuál es el régimen legal salarial de los profesionales del SSO? y (ii) Si conforme al criterio jurisprudencial vigente del Consejo de Estado los profesionales que cumplen el SSO en entidades estatales tienen derecho a que se les reconozca y pague la diferencia salarial y prestacional por sus servicios prestados.

Respecto al régimen salarial aplicable, es menester advertir que la Resolución 2358 de 2014 reguló el procedimiento para la asignación de plazas del SSO, y en su artículo 7 estableció:

Las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud reportarán a las Direcciones Departamentales de Salud o quienes hagan sus veces, y a la

Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, las plazas que participarán en los procesos de asignación.

Las entidades territoriales, en su jurisdicción, verificarán que las instituciones prestadoras de servicios de salud cuenten con los recursos suficientes que garanticen la retribución económica de los servicios que prestarán los profesionales; tal información será reportada a este Ministerio en las fechas establecidas para el efecto en el cronograma de asignación de plazas. (Resolución 2358, 2014, art. 7)

Llama la atención que a partir de la vigencia de las disposiciones de la Resolución 2358 de 2014 expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social, la remuneración de los profesionales del SSO quedó en vilo, como quiera que las disposiciones que regulaban de forma expresa la equivalencia salarial frente a los cargos desempeñados en la misma institución quedó sin efectos. Pese a ello, en criterio del suscrito ante el vacío jurídico existente no es dable desconocer que nos encontramos ante derechos mínimos e irrenunciables, los cuales al encontrarse regulados de forma expresa en una norma suprallegal no requieren de reglamentación para su aplicación o validez.

Ahora bien, con la entrada en vigencia de la Resolución 774 de 2022 expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social, el vacío jurídico se subsana como quiera que el artículo 32 de la precitada norma reguló expresamente la materia en los siguientes términos:

Las plazas del Servicio Social Obligatorio se proveerán mediante la vinculación de los profesionales a la institución a través de nombramiento o contrato de trabajo.

La remuneración deberá ser equivalente a la de cargos desempeñados por profesionales similares en la misma institución. Cuando en la institución no existan cargos desempeñados por profesionales similares, la remuneración deberá ser equivalente a la de mayor valor de cargos desempeñados por profesionales similares en las instituciones de la región o municipio más cercano al lugar de prestación del Servicio Social Obligatorio.

En el evento en que el Servicio Social Obligatorio deba prestarse en zonas con poblaciones deprimidas urbanas y rurales o de difícil acceso a los servicios de salud, las instituciones establecerán incentivos para los profesionales de la salud que ocupen dichas plazas, tales como pago de transporte aéreo, marítimo, fluvial o terrestre, subvención del alojamiento y alimentación, entre otros. (Resolución 774, 2022, art. 32)

Siendo así las cosas, la norma en cita amplía el régimen de garantías laborales en relación a las disposiciones contenidas en la Resolución 1058 de 2010 y la Resolución 2368 de 2014, toda vez que ante la inexistencia de cargos equivalente dentro de cada institución, establece un régimen de equivalencia respecto al mayor valor de los cargos desempeñados en las instituciones de la región o municipio más cercano al lugar de prestación de servicio, siendo una prerrogativa que se acompasa con el principio de salario igual trabajo igual derivado del artículo 53 de la Constitución Política de 1991.

En sustento de lo anterior, la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado ha construido una interpretación holística de la regulación legal y el régimen jurídico aplicable a dicha relación jurídica, razón por la cual ha precisado respecto al régimen salarial de los profesionales que prestan el SSO lo siguiente:

Quienes desempeñen un cargo bajo esta denominación cuentan con los mismos derechos salariales y prestaciones del personal de planta de la entidad... En consecuencia, no pueden estar vinculados bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios ni siquiera cuando se trate de Empresas Sociales del Estado, dado que la normatividad que regula la materia no consagra para el efecto ningún tipo de excepción. (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia 1131-09, 2010)

Bajo tales precisiones, no se puede desconocer que los profesionales del SSO gozan de prerrogativas que amparan sus derechos, las cuales no pueden desconocerse por parte de las entidades estatales al tratarse de derechos ciertos e indiscutibles. Es por ello que el SSO no puede ser utilizado para desconocer disposiciones de orden legal y constitucional, más aún si se tiene en cuenta que:

El Servicio Social Obligatorio está regulado por normas que salvaguardan los derechos de los profesionales que prestan esa labor, con lo que se garantiza un régimen salarial justo y retributivo, por lo que quienes desempeñan un cargo bajo esta denominación cuentan con los mismos derechos salariales y prestacionales del personal vinculado a la entidad, siempre y cuando se encuentren desempeñando las mismas funciones y bajo las mismas condiciones que el personal de planta y, en ningún caso, **su remuneración puede ser inferior a la de los cargos en planta de las instituciones en la cual prestan sus servicios.** (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Rad. No. 0347-17, 2020)

Sentados tales presupuestos, corresponde determinar si conforme al criterio jurisprudencial vigente del Consejo de Estado los profesionales que cumplen el SSO en entidades estatales tienen derecho a que se les reconozca y pague la diferencia salarial y prestacional por sus servicios prestados, frente a lo cual la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado ha clarificado de forma tajante que:

Así pues, en este caso se presenta una excepción al principio de a trabajo igual, salario igual, según el cual, quien pretende la nivelación salarial atendiendo a que la función que cumple resulta equiparable a la de otro funcionario que se remunera con mayor salario, debe acreditar la identidad de funciones pues sólo la diferencia real en las funciones que la entidad demande o exija del funcionario fundamenta la diferencia salarial, así como el cumplimiento de los requisitos que se exigen para el desempeño del cargo del cual solicita la nivelación salarial; concretamente, porque la Ley 1164 de 2007, reglamentada por la Resolución 1058 de 2010 suscrita por el Ministro de Protección Social, permitió que quien desarrollara actividades de servicio social obligatorio fuera beneficiado con la misma remuneración de un profesional similar en la planta de personal, en este caso, el de Médico General. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Rad. No. 0347-17, 2020)

En otras palabras, la postura adoptada se aparta de los criterios establecidos por la jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria bajo el entendido de que la aplicación del principio de trabajo igual y salario igual no solamente radica en la identidad de funciones, puesto que en el caso de los profesionales del SSO su aplicación recae adicionalmente en la reglamentación realizada por el Ministerio de Salud y Protección Social, la cual establece de forma expresa que la remuneración de dichos profesionales se equipare a la de los profesionales de planta de cada institución en vigencia de la Resolución 1058 de 2010 y en subsidio de ello, a la de mayor valor de cargos desempeñados por profesionales similares en las instituciones de la región o municipio más cercano al lugar de prestación del SSO, a partir de la entrada en vigencia de la Resolución 774 de 2022.

Bajo tales presupuestos, es claro que la Sección Segunda del Consejo de Estado garantiza la protección de las prerrogativas vigentes a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, pues a raíz de la interpretación dada se restringe la posibilidad de destinar una asignación salarial inferior a la devengada por los profesionales de la misma institución, aun en el evento en que exista una diferencia real en las funciones ejercidas al interior de la misma.

Es por ello que en criterio de esta corporación debe ampararse la equivalencia salarial en torno a las garantías laborales de los profesionales del SSO en los siguientes términos:

Es más, recientemente la Sección Segunda de esta Corporación, de la cual hace parte la suscrita, señaló que es obligación garantizar a los médicos del servicio social obligatorio las mismas garantías laborales que a los empleados de planta, veamos: *En vista de estos supuestos fácticos, y en atención al citado precedente jurisprudencial de esta Corporación, se establece que el demandante, quien se desempeñó como médico del Servicio Social Obligatorio, con fundamento en el derecho a la igualdad tiene derecho a recibir la misma remuneración de un médico de planta de la entidad empleadora, puesto que los requisitos para el ejercicio del cargo y las funciones son los mismos.* (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Rad. No. 0699-11, 2019)

En el caso concreto, los profesionales del SSO que presten sus servicios en entidades del Estado tienen la posibilidad de acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho a fin de garantizar la equivalencia en su régimen salarial y demás garantías laborales predicables de la relación jurídica existente, siendo claro el precedente jurisprudencial en establecer que aún en el evento de existir diferencias en las funciones desempeñadas, la equivalencia se deriva del régimen jurídico aplicable frente a los profesionales que desempeñan su SSO.

CONCLUSIONES

En atención a lo expuesto, se tiene que desde la reglamentación de la Ley 1154 de 2007 mediante Resolución 1058 de 2010 expedida por el Ministerio de Salud, los profesionales del SSO tienen una garantía expresa respecto a la equivalencia de garantías laborales respecto a los profesionales de planta que desempeñan el mismo cargo y funciones al interior de cada entidad.

Empero, existe un periodo de incertidumbre jurídica para los profesionales del SSO a partir de la vigencia de la Resolución 2358 de 2014 como quiera que se dejó sin efectos las disposiciones del artículo 15 de la Resolución 1048 de 2010, siendo reglamentadas nuevamente las disposiciones en torno a la vinculación y remuneración del personal de SSO solamente hasta la entrada en vigencia de las disposiciones del artículo 32 de la Resolución 774 de 2022.

Pese a lo anterior, es menester advertir que los antecedentes jurisprudenciales de los órganos de cierre de la jurisdicción constitucional,

ordinaria y contenciosa administrativa generan certeza respecto a la protección de las prerrogativas que amparan la equivalencia en torno a vinculación y remuneración de los profesionales del SSO conforme a la interpretación de la normatividad legal y constitucional que regula la materia.

En síntesis, se determina la existencia de una postura jurisprudencial pacífica en torno a la aplicación del principio de salario y trabajo igual en aquellos eventos en que el empleador no justifique su diferencia con criterios razonables y objetivos, no siendo dable desconocer el principio de primacía de la realidad en aquellos eventos en los que se pretenda encubrir la realización de actividades idénticas a las del personal de planta con la simple enunciación de las mismas en manuales de funciones, organigramas, reglamentos internos de trabajo u otros documentos que tengan por finalidad desconocer el cumplimiento de las mismas funciones al interior de las instituciones.

Ahora bien, en las aproximaciones realizadas respecto a la postura jurisprudencial se tiene que la Sección Segunda del Consejo de Estado no ha realizado un estudio frente al periodo de inseguridad jurídica a partir de la entrada en vigencia de la Resolución 2358 de 2014, sin embargo, a partir de la interpretación de su jurisprudencia el personal del SSO con fundamento en el principio de igualdad en concordancia con el principio de trabajo igual salario igual puede acudir a la jurisdicción contencioso administrativa a fin de hacer efectivas sus garantías laborales.

Se itera que ante el vacío jurídico existente no es dable desconocer la naturaleza de derechos mínimos e irrenunciables de los profesionales del SSO, los cuales no requieren de reglamentación para su protección ante la consagración expresa en la Constitución Política de 1991.

Bajo tales presupuestos, se tiene que la actividad productiva del personal del SSO constituye en estricto sentido un requisito en el desarrollo y obtención de su título profesional, sin desconocer que dicha actividad se encuentra amparada bajo la regulación legal y reglamentaria del sector público, más aún si se tiene en cuenta la sujeción a los procedimientos de contratación de las entidades del sector público y el cabal cumplimiento de una jornada legal, manuales de funciones y la estricta sujeción a instrucciones u órdenes directas, lo cual no impide la aplicación irrestricta de los principios y derechos que regulan la materia.

Corolario de lo expuesto, se tiene que la evolución normativa del régimen jurídico que regula las relaciones del SSO constituyen un avance en

dicha materia, blindando la posibilidad de desconocer tales prerrogativas con normatividad expresa la cual se acompasa con la postura jurisprudencial vigente, la cual interpreta de forma adecuada las necesidades de dichos profesionales.

REFERENCIAS

- Congreso de la República de Colombia. (1981, 27 de mayo). Por la cual se crea el Servicio Social Obligatorio en todo el Territorio Nacional. [Ley 50 de 1981]. DO: 35794
- Congreso de la República de Colombia. (2007, 4 de octubre). Por la cual se dictan disposiciones en materia del Talento Humano en Salud. [Ley 1164 de 2007]. DO: 46771
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (2010, 25 de marzo). Rad. No. 1131-09 [C.P: Arenas, G.].
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (2019, 4 de julio). Rad. No. 0699-11 [C.P: Palomino, C.].
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (2020, 6 de noviembre). Rad. No. 0347-17 [C.P: Ibarra, S.].
- Constitución Política de Colombia [C.P.]. (1991). http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
- Corte Constitucional, Sala Plena. (2021, 24 de noviembre) Sentencia C-408 [M.P.: Pardo, C.].
- Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión. (2016, 12 de julio) Sentencia T-369 [M.P.: Calle, M.].
- Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión. (2007, 19 de julio). Sentencia T-545A [M.P.: Sierra, H.].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (2016, 31 de agosto). Sentencia SL12814 [M.P.: Dueñas, C.].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (2017, 5 de julio). Sentencia SL7063 [M.P.: Botero, G.].
- Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Sincelejo. (2017, 28 de julio). Sentencia 093 [Juez: Pérez, C.].

- Ministerio de Salud y Protección Social. (2010, 23 de marzo). Por medio de la cual se reglamenta el Servicio Social Obligatorio para los egresados de los programas de educación superior del área de la salud y se dictan otras disposiciones. [Resolución 1058 de 2010]. <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/DIJ/Resoluci%C3%B3n%201058%20DE%202010.pdf>
- Ministerio de Salud y Protección Social. (2014, 16 de junio). Por la cual se establece el procedimiento para la asignación de las plazas del Servicio Social Obligatorio - SSO-, de las profesiones de medicina, odontología, enfermería y bacteriología, en la modalidad de prestación de servicios de salud y se dictan otras disposiciones. [Resolución 2358 de 2014]. <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/DIJ/Resolucion-2358-de-2014.pdf>
- Ministerio de Salud y Protección Social. (2022, 17 de mayo). Por la cual se reglamenta el Servicio Social Obligatorio para los egresados de los programas de educación superior del área de la salud. [Resolución 774 de 2022]. https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/Resoluci%C3%B3n%20No.%20774%20de%202022.pdf
- Ministerio de Salud. (1995, 22 de marzo). Por la cual se establecen los Criterios Técnico-Administrativos para la Prestación del Servicio Social Obligatorio. [Resolución 795 de 1995]. <https://tinyurl.com/4ek3k2nm>
- Moya, M. (2014). Servicio Social Obligatorio en Colombia: Incertidumbre de los recién graduados en medicina. *Revista Médica Risaralda*, 20(2), 114-120. <https://doi.org/10.22517/25395203.8785>
- Presidencia de la República de Colombia. (1949, 17 de diciembre). Por el cual se organiza la salubridad nacional. [Decreto 3842 de 1949]. DO: 27199
- Presidencia de la República de Colombia. (1981, 28 de agosto). Por el cual se dictan disposiciones relacionadas con el Servicio Social Obligatorio del área de la Salud. [Decreto 2396 de 1981]. DO: 35894
- Presidencia de la República de Colombia. (1982, 20 de noviembre). Por el cual se desarrolla parcialmente la Ley 50 de 1981. [Decreto 3289 de 1982]. DO: 36133
- Presidencia de la República de Colombia. (1983, 25 de abril). Por el cual se dictan disposiciones relacionadas con el Servicio Social Obligatorio. [Decreto 1155 de 1983]. DO: 36252
- Presidencia de la República de Colombia. (1994, 26 de diciembre). Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 50 de 1981. [Decreto 2865 de 1994]. DO: 41648

LA PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL BAJO PARÁMETROS NORMATIVOS ESTANDARIZANTES

Andrés Felipe Vallejos Reyes¹

Fecha de recepción: 22 de noviembre de 2022

Fecha de aceptación: 15 de diciembre de 2022

Referencia: Vallejos, A. (2022). La ponderación de principios en la Contratación Estatal bajo parámetros normativos estandarizantes. *Revista Científica Codex*, 8(15), 145-163.

RESUMEN

El artículo de investigación versará sobre la aplicabilidad y conveniencia de la tendencia normativa dirigida a estandarizar las reglas y los procedimientos contractuales de los regímenes de contratación exceptuados de la Ley 80 de 1993. El estudio permitirá identificar la posible colisión de principios en la actividad contractual que se rija por normas generales y estándares, al igual que alertará sobre las desventajas de su imposición restrictiva a las entidades y empresas públicas que, en principio, se beneficiaban de procedimientos más laxos y ágiles. La investigación identificará las leyes cuyo efecto produzca una limitación al margen de autonomía de las entidades con regímenes de contratación especiales, analizando sus efectos en la ponderación de los principios de economía, eficiencia, publicidad y transparencia. El estudio de la regulación normativa que estandariza reglas fundamentadas en los principios de transparencia y publicidad permitirá demostrar los impactos negativos de la reciente tendencia normativa en

1. Abogado Litigante y Asesor, Universidad de Nariño. Especialista en Derecho Administrativo, Universidad del Rosario. Estudiante de la Especialización en Contratación Estatal de la Universidad de Nariño, Correo electrónico: andres.vallejos@hotmail.com

la función y práctica contractual del Estado, con posibles detrimentos a la celeridad, eficiencia y economía que demandan los servicios y actividades de ciertas empresas y entidades públicas con regímenes contractuales especiales.

Palabras clave: contratación estatal, regulación, estandarización, principios.

ABSTRACT

The research article will deal with the applicability and convenience of the normative tendency aimed at standardizing the contractual rules and procedures of the contracting regimes excepted from Law 80 of 1993. The study will allow to identify the possible collision of principles in the contractual activity that be governed by general rules and standards, as well as warn about the disadvantages of its restrictive imposition on public entities and companies that, in principle, will benefit from more lax and agile procedures. The investigation will identify the laws whose effect will produce a limitation to the margin of autonomy of entities with special contracting regimes, analyzing their effects on the weighting of the principles of economy, efficiency, publicity and transparency. The study of the normative regulation that standardizes rules based on the principles of transparency and publicity will allow to demonstrate the negative impacts of the recent normative tendency in the function and contractual practice of the State, to the detriment of the speed, efficiency and economy that the services and activities of certain companies and public entities with special contractual regimes.

Keywords: state contracting, regulation, standardization, principles

INTRODUCCIÓN

Según lo estipuló:

El artículo 3 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, las entidades estatales al celebrar los contratos y con la ejecución de los mismos deben buscar “el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines”. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Rad. No. 11001-03-06-000-2017-00058-00(2335), 2018)

En ese sentido, la contratación pública es el medio a través del cual se procura la materialización de los fines contemplados en la Constitución y las leyes colombianas en favor del bienestar común.

No obstante, la actividad contractual, como proceso complejo y relacionado con el elemento económico, ha atraído todo tipo de intereses que no necesariamente están orientados a la consecución de objetivos generales.

Así, a menudo, los procesos contractuales se han visto inmersos en actos de corrupción generando que el debate y disgusto político y social se traslade al análisis jurídico que propende por la corrección y prevención de prácticas contractuales que atentan contra la normatividad reglamentaria en materia de contratación del Estado (Serrano, 2014).

En razón a ese precedente, se han expedido gran cantidad de normas sobre contratación cuyo objetivo –por lo menos en su apariencia– fue la consolidación de una actividad contractual que maximice la aplicación de principios como símbolos rectores del ejercicio de la función pública.

Esa inclinación a la aplicación práctica de los principios de la contratación estatal ha generado ciertos cambios estructurales en la definición de normas y procedimientos para los diferentes regímenes de contratación. Por lo tanto, el punto de partida del estudio que identifique y permita analizar las consecuencias de las recientes implementaciones normativas tendientes a generalizar y estandarizar la actividad contractual, debe ser la conceptualización y definición de la teleología y diferenciación de los regímenes de contratación existentes en Colombia.

De esta manera, en este artículo se plantearán y analizarán las consecuencias jurídicas de la tendencia normativa surgida en los últimos 20 años dirigida a estandarizar y/o restringir la actividad contractual de las entidades públicas en Colombia y su posible impacto en los regímenes especiales de contratación estatal excluidos de la Ley 80 de 1993.

1. LOS REGÍMENES DE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN COLOMBIA (DIFERENCIAS SUSTANCIALES)

La Ley 80 de 1993 o denominada Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –en adelante EGCAP– es el instrumento normativo que fijó de manera abierta los parámetros, principios y procedimientos

generales a la actividad contractual del Estado. Sin embargo, pese a que ese estatuto trató de integrar las disposiciones básicas en materia de contratación estatal, no unificó y consolidó todos los procedimientos existentes para la época.

El artículo 2 del EGCAP dispuso la definición de las entidades estatales para los efectos de la contratación en materia pública, enumerando a su vez los diferentes órganos, corporaciones y entes a los cuales la ley quiso otorgar la capacidad de contratar, pero, sobre todo, la aplicabilidad del Estatuto General de Contratación (Ley 80, 1993).

La autolimitación en la aplicación de la Ley 80 de 1993 condujo a que se mantuvieran muchos de los regímenes especiales de contratación anteriores a su expedición y posibilitó la creación de nuevos, lo que para gran parte de la doctrina ha sido un desacierto en el sentido de restringir una norma que tenía la vocación de ser general, permitiendo que una gran cantidad de entidades y empresas posean un régimen contractual especial o excepcionado. Lo cual puede evidenciarse en los pronunciamientos de Benavides (2009) al señalar que:

El propósito de generalización del régimen de la Ley 80 no parece haberse logrado. Las contradicciones del texto evidenciadas en el tratamiento de varios regímenes especiales, la falta de justificación de la conservación de casos de excepción y el hecho de no haber tratado el esencial problema presupuestal, inherente a toda la contratación pública, incitarán a buscar las maneras de escapar a la aplicación de la Ley 80. (p. 5)

Lo cierto es que la intención legislativa no trascendió a una verdadera conformación de reglas y procedimientos generales e imperativos para todo el sector público, frente a lo cual la Organización de los Estados Americanos (OEA, 2007), en su informe relativo a la Mesa de Trabajo sobre Transparencia en la Contratación Pública, anotó que, en realidad, “el carácter general de la Ley 80 de 1993, que se anuncia desde su título, se ha convertido en una figura retórica, pues abundan las excepciones a su aplicación, muchas de ellas establecidas por la misma ley” (p. 2).

La doctrina se ha encargado de recapitular en sus investigaciones cómo la prestación de ciertos servicios, el desarrollo de actividades específicas o criterios orgánicos han excluido muchas entidades y empresas públicas del ámbito de aplicación del EGCAP (Jaramillo, 2019).

A continuación, se expone la mayoría de las exclusiones existentes en materia de contratación pública a la cual se aplica procedimientos diferentes a los establecidos en la Ley 80 de 1993.

Tabla 1

Contratación no sujeta al EGCAP

Sector/Actividad/Contratación	Normatividad especial
Servicios públicos domiciliarios.	Ley 142 de 1994
Servicios de salud (Empresas Sociales del Estado).	Ley 100 de 199
Sector de las tecnologías de la información y las comunicaciones.	Ley 1341 de 2009
Servicios postales.	Ley 1369 de 2009
Canales regionales de televisión.	Ley 182 de 1995
Sector turismo (Fontur).	Ley 300 de 1996 y Ley 1450 de 2011
Sector transporte (Aeronáutica Civil).	Ley 105 de 1993
Explotación minera y recursos naturales.	Ley 80 de 199
Banco de la República.	Ley 31 de 1992
Organismos internacionales.	Ley 1150 de 2007
Empresas industriales y comerciales del Estado.	Ley 1150 de 2007
Contratación en el mercado de seguros, los créditos y fiducias públicas.	Ley 80 de 1993
Convenios de asociación y colaboración.	Ley 489 de 1998.

Nota. Fuente: Creación propia.

Es identificable entonces que la primera intención de generalización normativa, la Ley 80 de 1993, fracasó como modelo regulador de la actividad contractual del Estado al encontrarse con la diversidad y variedad de subcomponentes, escenarios y requisitorias de las funciones y servicios a cargo del sector público.

La innegable coexistencia de varios regímenes de contratación estatal y el fracaso de la norma estandarizante al intentar unificarlos obedece a las necesidades y características especiales de ciertas funciones y servicios

a cargo del Estado que requerían un trato diferenciado. Lo anterior, bajo el presupuesto de que muchas entidades, servicios o actividades debían desmarcarse de la esfera pública para, en la mayoría de los casos, ser igual de competitivos y ágiles que el sector privado.

De esta manera, la norma que pretendía ser general –EGCAP– terminó por ser una excepción frente al grueso de la contratación que le es extraña y que incluso conduce a la utilización de normas de derecho privado o normas especiales que facilitan la actividad contractual en comparación con lo reglado en el estatuto general.

El Consejo de Estado indica la teleología de la existencia de los regímenes exceptuados de la Ley 80 de 1993 al tiempo de resaltar su carente poder unificador, de la siguiente manera:

La ley permite que algunas entidades del Estado, en atención a precisas necesidades y características de las actividades comerciales, industriales o financieras que realizan, o incluso, también, en algunos casos, por necesidades sociales o públicas, utilicen normas del derecho privado o normas especiales que garanticen la ejecución de sus actividades en condiciones legales que les dé competitividad y agilidad para alcanzar sus fines. En este sentido, la pretendida universalidad de la Ley 80 de 1993 se ha visto frustrada, por la tendencia expansiva a crear exclusiones. (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 11001-03-06-000-2020-00212-00(2456), 2021)

Pese a esa diferenciación sustancial que posibilitó la creación de distintos regímenes de contratación, las diferentes fuentes del derecho, doctrina y jurisprudencia principalmente se han preocupado por atar la actividad contractual excepcionada a la estricta observancia de los principios generales de la función pública contenidos en el artículo 209 de la Constitución Política de 1991.

Nótese que, aun cuando la ley excluye a algunas entidades estatales de la aplicación del mencionado estatuto, les impone el deber de dar cumplimiento a los principios de la función administrativa consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política, así como aquellos establecidos para la gestión fiscal en el artículo 267, y las somete al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto para la contratación estatal, ha sido la jurisprudencia la que ha venido conciliando la aplicación del derecho privado con los principios de la función administrativa en los contratos que celebran las entidades exceptuadas de la aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

(Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Rad. No. 11001-03-06-000-2020-00212-00(2456), 2021)

Es identificable la tensión existente entre la necesidad de regular diferencialmente las diversas actividades contractuales y la preocupación de que todas se encuentren subordinadas a los principios de la función pública, interés que en sí mismo contiene una complejidad sobresaliente si se es consciente de que en muchas ocasiones algunos principios pueden colisionar con otros, eventos en el que el legislador y los operadores jurídicos deben adelantar un juicio de proporcionalidad y ponderación para dar la mayor aplicabilidad posible a todos en procura de la obtención del beneficio común.

No obstante, la práctica legislativa –anteponiéndose a los eventuales roces jurídicos entre principios– se inclina cada vez más por superar normativamente este debate, creando a su vez reglas generales aplicables a toda actividad contractual muchas veces desconociendo los pormenores de ciertos contextos que merecen un tratamiento normativo diferencial.

2. LA APLICACIÓN DE PRINCIPIOS EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ESTATAL

La actividad contractual, como ejercicio de una función pública, está sometida a un universo de normas que reglan cada una de las etapas que se suscitan para alcanzar la finalidad pretendida con la contratación. Sin embargo, pese a ser una de las funciones más custodiadas normativamente hablando, como cualquier otro tema jurídico, siempre existirán vacíos, ambigüedades o contradicciones en donde sea imposible obtener una respuesta clara en casos muy concretos.

Dentro de la hermenéutica jurídica surgen entonces los principios como criterios y elementos abstractos para esclarecer los eventos en donde existen dudas sobre el cómo proceder debido a que la norma o su interpretación no son precisas.

A diferencia de la aplicación de las reglas o normas, los principios, por su contenido etéreo y abstracto, impiden adoptar decisiones sin previamente definir su esencia o sentido, con la aclaración de que la definición que de ellos se haga nunca será la misma pues estará sujeta a las particularidades del problema jurídico que se pretenda resolver.

Los principios fundamentales del Estado son una pauta de interpretación ineludible por la simple razón de que son parte de la Constitución misma y están dotados de toda la fuerza normativa que les otorga el artículo cuarto del texto fundamental. Sin embargo, no siempre son suficientes por sí solos para determinar la solución necesaria en un caso concreto. No obstante el hecho de poseer valor normativo, siguen teniendo un carácter general y por lo tanto una textura abierta, lo cual, en ocasiones, limita la eficacia directa de los mismos. En estos casos se trata de un problema relativo a la eficacia más o menos directa de los principios y no a un asunto relacionado con su falta de fuerza normativa. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-1287, 2001)

Así mismo, la aplicación de principios generales, en no muy pocas ocasiones, implican la prevalencia de unos sobre otros, decisión que debe estar precedida de un estudio serio que determine la conveniencia y pertinencia de esa priorización so pena de incurrir en juicios interpretativos que restrinjan desmedidamente la aplicación de otros también importantes.

Es allí donde se pretende ejemplificar el por qué existiría una incompatibilidad y riesgo de pretender generalizar y estandarizar las reglas aplicables a la contratación estatal –con la complejidad y diversidad que ésta posee– al sacrificar sin el debido estudio los efectos que esa práctica normativa tendría en los principios de la contratación estatal, especialmente los de economía, eficiencia y eficacia en las entidades y empresas con régimen exceptuado.

Entonces, los principios como mandatos de optimización deben ser interpretados y aplicados de manera diferencial a las reglas, frente a las cuales se podría realizar un examen exclusivo sobre la aplicabilidad de una sobre otra (Alexy, 1985/2008). Las colisiones entre los principios no son susceptibles de ser definidas estableciendo una prioridad absoluta, sino que deben ponderarse los intereses contrapuestos (Spector, 2015).

Para ellos los principales catedráticos y académicos han planteado diferentes formas hermenéuticas para dirimir potenciales conflictos jurídicos, ejercicios que en materia regulatoria deben ineludiblemente estudiar los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto como se realiza en materia de derechos fundamentales (Alexy, 1985/2008).

De manera análoga a como se estudian los principios generales del derecho, los principios en materia de contratación también cumplen

funciones interpretativas, integradoras y críticas respecto del ordenamiento jurídico, en tanto: apoyan la interpretación de normas; suplen los vacíos normativos; y establecen estándares de idealización sobre las prácticas contractuales (Corte Constitucional, Sala Plena, C-284, 2015).

La aplicación de principios en materia de contratación estatal en primera instancia se verifica al establecer la naturaleza de la función que desarrolla el Estado a través de sus autoridades cuando suscriben contratos, de donde se infiere que ejercen una función administrativa por cuanto su finalidad es el cumplimiento de las obligaciones constitucionales y legales que han sido asignadas a las diferentes autoridades.

De esta manera, el ejercicio de una función administrativa implica el sometimiento expreso de los principios de “igualdad, moralidad, **eficacia**, **economía**, celeridad, imparcialidad y **publicidad**” (Constitución Política de Colombia [C.P.], 1991, art. 209) (Negrita fuera de texto).

En igual sentido, con la intrínseca relación entre la contratación estatal y la administración de recursos públicos, les es aplicable, también, los principios constitucionales de “**eficiencia... economía** equidad desarrollo sostenible y el cumplimiento del principio de valoración de costos ambientales [de la gestión fiscal]” (C.P., 1991, art. 267) (Negrita fuera de texto).

En el rango legal, la Ley 489 de 1998 se encargó de incluir los siguientes principios específicamente dispuestos para la función administrativa: “buena fe, igualdad, moralidad, **celeridad**, **economía**, imparcialidad, **eficacia**, **eficiencia**, participación, **publicidad**, **responsabilidad** y **transparencia**” (Ley 489, 1998, art. 3) (Negrita fuera de texto).

Finalmente, vale la pena traer a estudio la reiteración realizada en la Ley 1437 de 2011 de algunos de los principios ya mencionados y que para esa normatividad son rectores en las actuaciones y procedimientos administrativos. En esta ley se incluyó “los principios del debido proceso, [legalidad], igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, **responsabilidad**, **transparencia**, **publicidad**, coordinación, **eficacia**, **economía** y **celeridad**” (Código de Procedimiento administrativo y de lo Contencioso Administrativo [C.P.A.C.A.], 2011, art. 3) (negrita fuera de texto).

Nótese que la transversalidad de los principios en los diferentes cuerpos normativos no solo implica su aplicación en la práctica contractual cotidiana del Estado sino también demanda, por causalidad lógica, que la configuración de las normas que reglamentan los parámetros generales también los considere.

Por supuesto, esa consideración implica el estudio de conveniencia y ponderación en la fijación de los criterios que permitirán arribar a la aplicación prevalente de uno u otro principio con el cuidado suficiente de no desconocer el núcleo esencial básico del o los principios que se ven limitados con la regla que se quiere introducir.

De manera que la función reglamentaria, ya sea ejercida por el propio legislador o por las facultades del ejecutivo, deben, en su margen de apreciación (Peredo, 2018), contemplar los efectos de las reglas donde exista aplicación prevalente de principios.

3. EL SURGIMIENTO DE NORMAS ESTANDARIZANTES EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL EN COLOMBIA

La tendencia normativa que propende por la creación de reglas generales que se apliquen a todas las entidades y empresas públicas ha sido principalmente impulsada por los escándalos de corrupción, los cuales han originado el debate y análisis de las normas contractuales vigentes en su efectividad para la prevención de conflictos de interés, tráfico de influencias y detrimentos patrimoniales derivados de la contratación estatal.

Sin embargo, es válido afirmar que también esa inclinación regulatoria es consecuencia directa del fracaso de la Ley 80 de 1993 por ser incapaz de verdaderamente recopilar un estatuto común a toda la actividad contractual pública, lo que a su vez posibilitó que regulaciones especiales fueran mucho más laxas o blandas sobre ciertos procedimientos y requisitos de la celebración y ejecución de contratos estatales.

La investigación adelantada permitió identificar que los recientes cambios y ajustes normativos sobre contratación estatal principalmente se dirigieron a subsanar la falta de unificación del EGCAP a través la inclusión de nuevas disposiciones generales sobre todo en materia de principios y reglas, las cuales, a partir de su expedición y entrada en vigor, cambiaron la metodología contractual de muchas entidades con regímenes especiales.

Uno de los cambios más sobresalientes fue la determinación positiva de los principios aplicables a la contratación por fuera del EGCAP, adoptando los principios de la “función administrativa [y de la] gestión fiscal” (C.P., 1991, arts. 209, 267).

Dicha determinación normativa atendió la necesidad de atar la actividad contractual del Estado –con independencia de su régimen– a parámetros abstractos en su contenido, pero claramente direccionados a un adecuado y correcto ejercicio y desarrollo de la contratación estatal en la consecución de sus objetivos.

Sin embargo, para el legislador no fue suficiente la positivización de esos principios, sino que también tuvo a bien expedir normas que ampliaban de cierta manera la aplicabilidad del EGCAP a los regímenes exceptuados y/o creaban reglas y procedimientos comunes a cualquier actividad contractual.

Tabla 2

Evolución y cambios normativos en materia de contratación pública.

Norma	Contenido	Modificación relevante	Principios prevalentes
Ley 1150 de 2007	Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos.	Artículo 13: introduce y amplía el espectro de los principios de la función administrativa y gestión fiscal, así como el régimen de inhabilidades e incompatibilidades a las entidades no sometidas al EGCAP. ^a	Transparencia y Eficiencia.
Ley 1474 de 2011	Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.	Artículo 95: modifica la Ley 1150 de 2007 que amplía a las entidades con régimen especial la aplicación de la EGCAP cuando realicen contratación directa, “salvo que la entidad ejecutora desarrolle su actividad en competencia con el sector privado o cuando la ejecución del contrato interadministrativo tenga relación directa con el desarrollo de su actividad”. ^b	Eficiencia, responsabilidad, transparencia y publicidad.

Norma	Contenido	Modificación relevante	Principios prevalentes
Decreto 4170 de 2011	Por el cual se crea la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente–, se determinan sus objetivos y estructura.	Crea un Departamento Administrativo especializado para la generación y creación de políticas e instrumentos que promuevan mejores prácticas contractuales. ^c	Eficiencia y transparencia.
Ley 1882 de 2018	Por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la Contratación Pública en Colombia, la Ley de Infraestructura y se dictan otras disposiciones.	Artículo 4: adiciona al art. 2 de la Ley 1150 de 2007 la adopción de documentos y pliegos tipo. ^d	Transparencia, publicidad, selección objetiva.
Ley 2022 de 2020	Por la cual modifica el artículo 4 de la Ley 1882 de 2018 y se dictan otras disposiciones.	Le asigna la función de adopción de documentos tipo a la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente. ^e	Transparencia, publicidad, selección objetiva.
Ley 2195 de 2022	Por medio de la cual se adoptan medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción y se dictan otras disposiciones.	Artículo 53: modifica el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 en el sentido de obligar a las entidades y empresas no sometidas al EGCAP para que publiquen todos los documentos contractuales en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP II). Artículo 56: Amplía la obligatoriedad de los documentos tipo a entidades de régimen especial. ^f	Transparencia y Publicidad.

Nota. ^a(Ley 1150, 2007, art. 13). ^b(Ley 1474, 2011, art. 95). ^c(Decreto 4170, 2011). ^d(Ley 1882, 2018, art. 2). ^e(Ley 2022, 2020). ^f(Ley 2195, 2022, arts. 53, 56).

Es notable que la expansión de normas generales contractuales a las entidades excluidas del EGCAP desde las modificaciones introducidas por la Ley 1150 de 2007 hasta las más recientes como la Ley 2195 de 2022 priorizan los principios de transparencia y publicidad con la intención de amparar la finalidad de la contratación pública.

De hecho, en la exposición de motivos de las leyes citadas, se deja ver un claro propósito de combatir prácticas corruptas contractuales con la

restricción de la autonomía de todas las entidades y empresas públicas, pero especialmente de limitar la libertad que el EGCAP y las leyes sobre regímenes especiales les habían otorgado a las administraciones que gozaban de procesos contractuales especiales.

A manera de ejemplo, la ponencia para segundo debate del proyecto de ley que terminaría con la expedición de la Ley 2195 de 2022 definió manifiestamente que uno de los objetivos de dicha norma era fortalecer la transparencia como estrategia para combatir la corrupción, lo que a su vez se tradujo al reconocimiento de la importancia de la información y acceso a ella como “un activo fundamental para anticiparse a los hechos de corrupción, un análisis adecuado de los datos y respetuoso de los parámetros constitucionales” (Congreso de la República de Colombia, 2021).

En virtud de esa norma se obliga a las entidades y empresas no sometidas al EGCAP a publicar toda su documentación contractual en el aplicativo SECOP II con el objetivo de garantizar la publicidad de la información como supuesta garantía de legalidad (Ley 2195, 2022).

Por otra parte, la Ley 1882 de 2018 introdujo los denominados documentos tipo, que son de aplicación obligatoria en los contratos que se regulan en ellos. Estos documentos fueron una modificación sustancial a la Ley 1150 de 2007 que pretendió introducir herramientas que restringieran la potestad administrativa para disponer libremente sobre las condiciones en el proceso de escogencia de los contratistas (Alix et al., 2018).

A través de los instrumentos ya mencionados se tipifican o estandarizan los requisitos para gran cantidad de contratos pretendiendo garantizar y/o asegurar la pluralidad de oferentes y evitar los coloquialmente denominados “pliegos sastre”, que no son otra cosa distinta a la manipulación y redireccionamiento perverso de los procesos de selección a determinados candidatos.

De igual forma, el Proyecto de Ley 207 de 2022 radicado por el otrora senador Rodolfo Hernández propone una modificación contundente a la Ley 80 de 1993, especialmente en el Artículo 1 que define el objeto del EGCAP ampliando su vigor a “aquellas entidades estatales sujetas en sus actos y contratos al régimen excepcional del derecho privado en los casos en que sean la parte contratista en contratos interadministrativos y deban subcontratar con terceros” (Proyecto de Ley 207, 2022, art. 1). Al igual que reitera la obligatoriedad de los documentos tipo para todas las entidades públicas.

En otras palabras, los documentos tipo se convertirían en normas imperativas con independencia del régimen contractual y la actividad o servicio que presten las entidades y empresas públicas.

Si se lee con detenimiento la propuesta legislativa rápidamente es posible identificar el cambio sustancial que se pretende en la actividad cotidiana de las empresas y entidades con régimen exceptuado, pues existe una clara intención de someterlas a las reglas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública cuando éstas a su vez contraten con entidades regidas por ese cuerpo normativo.

A manera de conclusión de este acápite, en la actualidad es perfectamente identificable la inclinación a nuevamente consolidar un estatuto general a través de normas comunes a toda la contratación y que priorizan la aplicación de los principios de transparencia y publicidad sobre los de economía y eficiencia, sin que se hayan ponderado adecuadamente los impactos que esa forma regulatoria lleva consigo.

4. LA TENSIÓN EXISTENTE EN LOS PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL POR EL SURGIMIENTO DE NORMAS ESTANDARIZANTES

La experiencia práctica y académica de la contratación pública en Colombia ha demostrado que la aplicación de las normas contractuales puede ser compleja cuando la legislación contiene ambigüedades, antinomias y contradicciones en las cuales el operador jurídico debe adoptar decisiones apropiadas y ágiles en la administración de los recursos públicos (Corte Constitucional, Sala Plena, C-054, 2019).

A menudo, las normas que fijan parámetros generales y que procuran abarcar grandes porciones de la actividad contractual no alcanzan a regular todos los escenarios e hipótesis posibles en las diferentes áreas en las cuales el Estado y la administración operan.

El principal problema de la estandarización normativa es precisamente el desconocimiento de las particularidades contenidas en las diferentes necesidades de la función pública. Entre más general sea la norma menos posibilidad tiene de ofrecer respuestas específicas en casos concretos, circunstancia en donde cobran importancia los principios como criterios orientadores.

De esta manera, cuando la estandarización y generalización normativa prioriza desmesuradamente unos principios sobre otros, a través de la ampliación de restricciones y reglas a todos los regímenes de contratación,

el principal efecto es la desnaturalización y pérdida de autonomía de las entidades públicas que gozaban de esquemas más laxos en materia contractual.

Este artículo pretende llamar la atención sobre los riesgos implícitos que una tarea legislativa estandarizante puede generar en perjuicio de la eficiencia, economía y celeridad con la que deben trabajar muchas de las entidades públicas bajo regímenes especiales o excepcionados de la Ley 80 de 1993.

Para ese efecto se debe tener claridad sobre los principios en juego con las introducciones normativas antes referenciadas, en donde se prioriza la información, la publicidad y la transparencia sobre la eficiencia, economía y celeridad.

Un ejemplo de esa priorización es el mandato introducido en el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022 que adiciona 2 incisos al artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, en los cuales se obliga a las entidades y empresas no sometidas al EGCAP a que publiquen todos los documentos contractuales en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública: SECOP II (Ley 2195, 2022).

Dicha regla, como manifestación de los principios de transparencia y publicidad, pese a que persigue fines loables, puede desconocer por completo ciertos eventos en donde comercialmente es inconveniente o improcedente realizar una actividad contractual abierta al público. Por ejemplo, en el caso de las patentes, procedimientos y privilegios de los que habla el numeral 4 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

Incluso por fuera de la información que la ley somete a reserva, la exposición sin filtros de información contractual de los oferentes en sí misma podría desincentivar la contratación con el Estado o generar inconvenientes en su celebración como ha acontecido en el suministro de las vacunas contra el COVID-19 en donde las empresas farmacéuticas y laboratorios han exigido la confidencialidad de sus ofertas.

Aportes académicos como el de Araujo y Cárdenas (2021) han indicado que en determinados eventos contractuales deben prevalecer intereses superiores al del derecho a la información, como lo son la vida y salud pública, para asegurar la prestación eficiente y célere de éstos últimos, lo que a su vez da muestra de la inconveniencia de una regla estricta que no considere escenarios donde deba realizarse esta priorización.

En todo caso, lo que es evidente es que una norma estandarizante de tal naturaleza no es capaz de advertir este tipo de dificultades, razón por la cual su vigencia podría acarrear inconvenientes en la práctica contractual.

En igual sentido, la adopción obligatoria de los documentos tipo que han consagrado la Ley 1882 de 2018, Ley 2022 de 2020 y la Ley 2195 de 2022 pueden también acarrear imposibilidades prácticas a la hora de adelantar los procesos de selección de contratistas por parte de empresas y entidades donde fácticamente es improbable que los posibles oferentes cuenten con las exigencias realizadas en esos documentos.

Por lo tanto, contrario al efecto pretendido en las normas sobre documentos tipos como lo es la garantía de pluralidad de oferentes podría generarse un estancamiento de la actividad contractual de ciertas entidades al no poder ejecutar labores ante la escasez de oferentes calificados según los documentos tipo.

Es de amplio conocimiento que Colombia cuenta con diversas diferencias económicas, geográficas y etnográficas presentes que impedirían la adopción rigurosa de documentos tipo para todas las actividades contractuales, ya que esa misma diversidad torna imposible la regulación de manera genérica de todos los aspectos relativos a la contratación estatal.

De esta manera, la producción normativa no debe obedecer a exigencias sensacionalistas desprendidas de escándalos de corrupción que deriven en normas rígidas e inaplicables en ciertos casos por su inconveniencia, sino en estudios jurídico-prácticos que contengan más análisis sobre los verdaderos impactos que las normas tienen en las regiones, actividades y funciones que en su esencia misma se desmarcan de los estándares de la contratación estatal común.

CONCLUSIONES

La actividad contractual es una función pública a la cual le son aplicables los principios de la función administrativa, la gestión fiscal y los especializados para la contratación estatal contenidos en la Ley 80 de 1993. En esa medida, la normatividad que regula las reglas y procedimientos contiene un alto grado de desarrollo de esos principios en procura de que se cumplan con los cometidos y fines del Estado.

No obstante, la existencia de múltiples regímenes de contratación producto de necesidades específicas de la prestación de servicios públicos o actividades particulares en escenarios competitivos han impedido la

consolidación de un verdadero Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, deficiencia que ha querido ser suplida por el ente legislador con la expedición de normas estandarizantes o generales a toda actividad contractual sin distinción alguna.

Aunque son necesarios diversos ajustes en los procedimientos contractuales de las empresas y entidades con regímenes exceptuados, la generalización y unificación simple de toda la actividad contractual no parece ser la alternativa más conveniente debido al posible desconocimiento que esa solución implicaría sobre las necesidades especiales que ciertas contrataciones tienen para poder ser eficientes.

Lo que en este punto se observa claro es que el legislador no puede enfocarse en restringir la actividad contractual a tal punto de volverla inviable, ineficiente o tortuosa, y si bien también son necesarios ajustes en las normas que regulan los procedimientos especiales dentro de los regímenes exceptuados del EGCAP, esos cambios deben ser el resultado de un ejercicio consciente de ponderación y medición de impacto, en el campo de los principios, de los efectos de las nuevas introducciones normativas.

REFERENCIAS

- Alexy, R. (2008). Teoría de los derechos fundamentales (C. Bernal. Trad.; 2a. ed.). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. (Trabajo original publicado en 1985).
- Alix, U., Jare, L., Núñez, A. y Reyes, W. (2018). La obligatoriedad de los pliegos-tipo en los contratos de obra pública y su extensión a otro tipo de contratos o procesos en Colombia - Ley 1882 de 2018 [Tesis de especialización, Universidad Libre]. Repositorio Institucional Unilibre. <https://hdl.handle.net/10901/11634>
- Araujo, D. y Cárdenas, A. (2021, 29 de abril). *La confidencialidad en los contratos de vacunas contra el Covid-19 ¿Está justificada?* Blog de Derecho de los Negocios. <https://dernegocios.uexternado.edu.co/controversia/en-nuestra-opinion-la-confidencialidad-en-los-contratos-de-vacunas-contra-el-covid-19-ha-dejado-de-estar-justificada/>
- Benavides, J. (2009). La reforma de la Ley 80 de 1993: mucho ruido y pocas nueces. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, (1), 1-52. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/2590>

Congreso de la República de Colombia. (2011, 12 de julio). Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. [Ley 1474 de 2011]. DO: 48.128

Congreso de la República de Colombia. (2018, 15 de enero). Por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública en Colombia, la ley de infraestructura y se dictan otras disposiciones. [Ley 1882 de 2018]. DO: 50.477

Congreso de la República de Colombia. (2007, 16 de julio). Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos. [Ley 1150 de 2007]. DO: 46.691

Congreso de la República de Colombia. (2011, 18 de enero). Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. [Ley 1437 de 2011]. DO: 47.956

Congreso de la República de Colombia. (2022, 18 de enero). Por medio de la cual se adoptan medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción y se dictan otras disposiciones. [Ley 2195 de 2022]. DO: 51.921

Congreso de la República de Colombia. (2020, 22 de julio). Por la cual modifica el artículo 4 de la Ley 1882 de 2018 y se dictan otras disposiciones. [Ley 2022 de 2020]. DO: 51.383

Congreso de la República de Colombia. (2021). *Informe de ponencia para segundo debate del Proyecto de Ley No. 369 de 2021 Cámara - 341 de 2020 Senado "Por medio de la cual se adoptan medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción y se dictan otras disposiciones"*. <https://www.camara.gov.co/sites/default/files/2021-12/PONENCIA%20SEGUNDO%20DEBATE%20C3%81MARA%20PL%20MORALIZACI%C3%93N%201-12-2021%20CL.docx>

Congreso de la República de Colombia. (1993, 28 de octubre). Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. [Ley 80 de 1993]. DO: 41.094

Congreso de la República de Colombia. (1998, 29 de diciembre). Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones. [Ley 489 de 1998]. DO: 43.464

Congreso de la República de Colombia. (2022, 4 de octubre). Por medio del cual se introducen reformas al Estatuto de Contratación de la Administración

pública para promover la pluralidad de oferentes y crear herramientas para garantizar el principio de transparencia y se adoptan otras disposiciones. [Proyecto de Ley 207 de 2022]. <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/textos-radicados-senado/p-ley-2022-2024/2785-proyecto-de-ley-207-de-2022>

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (2018). Rad. No. 11001-03-06-000-2017-00058-00(2335) [C.P: Námén, A.].

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. (2021). Rad. No. 11001-03-06-000-2020-00212-00(2456) [C.P: Námén, A.].

Constitución Política de Colombia [C.P.]. (1991). http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Corte Constitucional, Sala Plena. (2019, 10 de febrero). Sentencia C-054 [M.P.: Fajardo, D.].

Corte Constitucional, Sala Plena. (2015, 13 de mayo). Sentencia C-284 [M.P.: González, M.].

Corte Constitucional, Sala Plena. (2001, 5 de diciembre). Sentencia C-1287 [M.P.: Monroy, M.].

Jaramillo, C. (2019). *La necesaria existencia de un régimen especial para la contratación administrativa* [Tesis de maestría, Universidad Pontificia Bolivariana]. Repositorio Institucional de la Universidad Pontificia Bolivariana. <https://repository.upb.edu.co/handle/20.500.11912/9388>

Organización de los Estados Americanos [OEA]. (2007). *Transparencia en la contratación pública: retos hacia el futuro*. http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic2_col_doc_mtc_sp.pdf

Presidencia de la República de Colombia. (2011, 3 de noviembre). Por el cual se crea la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente–, se determinan sus objetivos y estructura. [Decreto 4170 de 2011]. DO: 48.242

Peredo, M. (2018). *El margen de apreciación del legislador y el test de margen proporcionado*. Thomson Reuters.

Serrano, A. (2014). *Corrupción en la contratación pública en Colombia* [Tesis de especialización, Universidad Militar Nueva Granada]. Repositorio Institucional UMNG. <http://hdl.handle.net/10654/12906>

Spector, E. (2015). *Algunas reflexiones en torno a la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*. Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires. <http://www.derecho.uba.ar/institucional/deinteres/2015-robert-alexey-spector-castellano.pdf>

ÍNDICE DE AUTORES

RODRIGO ESTUPIÑÁN

Abogado, egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño.

BYRON DAVID BRAVO CEBALLOS

Abogado, egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño. Especialista en Derechos Humanos de la Universidad de Nariño.

DEISSY GABRIELA MARTÍNEZ CUARÁN

Abogada egresada destacada de la Universidad de Nariño. Especialista en Derecho Laboral y Seguridad Social XV promoción de la misma institución. Profesional de apoyo en posgrados en Derecho del Centro de Investigaciones y Estudios Sociojurídicos de la Universidad de Nariño.

DIANA CAROLINA NARVÁEZ SANTACRUZ

Abogada con honores y egresada distinguida de la Universidad de Nariño. Ganadora del Primer puesto del XXI Concurso Nacional de Derecho Comercial organizado por el Colegio Nacional de Abogados de Medellín y la Universidad Externado de Colombia, año 2021; acreedora del tercer puesto junto al Semillero Nuevas Tendencias de Derecho Procesal en el XVIII Concurso Internacional organizado por el Instituto Colombiano de Derecho Procesal, año 2017; Ganadora de la Pasantía Internacional en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, año 2018; Participante de la XI Edición del Moot Madrid, Competencia de Arbitraje Internacional y

Derecho Mercantil, organizado por la Universidad Carlos III de Madrid y la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) año 2019. Correo electrónico: caronarvaezlaw@gmail.com

ANDRÉS ALFONSO BENÍTEZ CAICEDO

Abogado, Universidad de Nariño. Especialista en Derecho Laboral y Relaciones Industriales, Universidad Externado de Colombia. Egresado de la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad de Nariño. Correo electrónico: andresbenitez95@hotmail.com

ANDRÉS FELIPE VALLEJOS REYES

Abogado Litigante y Asesor, Universidad de Nariño. Especialista en Derecho Administrativo, Universidad del Rosario. Estudiante de la Especialización en Contratación Estatal de la Universidad de Nariño, Correo electrónico: andres.vallejos@hotmail.com

COMITÉ DE ARBITRAJE CIENTÍFICO PARA ESTE NÚMERO

MIEMBROS EXTERNOS

ADORACIÓN GUAMÁN

Profesora titular de derecho del trabajo y de la seguridad social en la Universitat de València (acreditada a catedrática) e investigadora del Instituto Universitario de Estudios de las Mujeres de la misma universidad. Jurista y politóloga, tiene dos doctorados en Derecho por la Universidad de Paris X-Nanterre y por la Universitat de València. Es directora del Grupo de investigación sobre poder constituyente y nuevo constitucionalismo de la Universitat de València, coordina el Grupo de Trabajo del Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales denominado “¿Qué Trabajo para qué Futuro?” Actualmente es, además, profesora invitada en estudios de posgrado en diversas universidades europeas y latinoamericanas. Su línea principal de investigación se centra en el estudio de la relación entre Derechos Humanos y empresas con especial atención al trabajo decente en las cadenas globales de valor y a los mecanismos de Diligencia Debida en Derechos Humanos.

DAVID MONTOYA MEDINA

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Alicante (España).

DIEGO ANDRÉS QUINTERO TIMANÁ

Licenciado en Ciencias Sociales y Especialista en Estudios Latinoamericanos de la Universidad de Nariño. Magíster en Sociología de Flacso Ecuador. Doctorando en Ciencias Sociales de la Universidad Pablo de Olavide. Integrante del grupo de investigación Medios, Comunicación y Cultura - Universidad Mariana.

DANIELA NARVÁEZ BENAVIDES

Abogada, especialista en Derecho Constitucional por la Universidad Nacional de Colombia. Magíster en Derecho Procesal por la Universidad de Medellín. Becaria del Doctorado en Derecho Agrario por la Universidad Federal de Goias - Brasil. Asesora Jurídica y abogada litigante en el sector público y privado. Más de siete años de experiencia profesional, académica e investigativa. Docente universitaria en áreas de investigación, Sociología Jurídica, Hermenéutica Jurídica, Teoría del Estado, Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional. Integrante del Grupo de Investigación Derecho, Innovación y Desarrollo Social de la Universidad Cesmag. Tutora del semillero de investigación de derecho, línea de trabajo: derecho, daños y reparación con énfasis en derecho constitucional y víctimas. Miembro del Grupo de Trabajo - GT Clacso: Cuestiones Agrarias, Socioambientales, Ordenamiento Territorial y Conflictos.

SERGIO GAMONAL CONTRERAS

Profesor de Derecho del Trabajo, Universidad Adolfo Ibáñez, Chile.

YENIFER MARCELA MUÑOZ CERÓN

Presidenta de la Asociación Latinoamericana de Derecho Animal - ALDA. Maestranda en Derecho en la Universidade Católica do Salvador (PPGD/UCSAL) de Brasil, en la línea de investigación de Bioética, Alteridad y Medio Ambiente Social, con beca CAPES. Profesora. Investigadora miembro del grupo BRAN - Academia Brasileira de Direito Animal e da Natureza y del grupo CEBIDJUSBIOMED - red de investigación en Bioética y Bioderecho. Abogada y conciliadora, egresada de la Universidad de Nariño (Udenar) de Colombia.

LUISA MARÍA MELO ARIAS

Abogada, egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño, conciliadora en derecho, especialista en Derecho Procesal Civil y Derecho Comercial de la Universidad de Nariño.

CARLOS REYNOSO CASTILLO

Profesor de Derecho del Trabajo desde 1981 en varias universidades mexicanas. Asesor en materia laboral de empresas e instituciones. Autor de varios libros y artículos en materia laboral. Doctor en Derecho, Universidad de Paris I.

JUAN PABLO ROSERO GOMAJOA

Abogado litigante, Magíster en Gerencia Social y Licenciado en Ciencias Sociales de la Universidad de Nariño.

CARLOS ARTURO CUÉLLAR DE LOS RÍOS

Profesor de Derecho del Trabajo desde 1981 en varias universidades mexicanas. Asesor en materia laboral de empresas e instituciones. Autor de varios libros y artículos en materia laboral. Doctor en Derecho, Universidad de Paris I.

JUAN PAULO SERRANO ROA

Abogado de la Universidad de Ibagué. Especialista en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia. Magíster en responsabilidad del Estado de la Universidad Externado de Colombia. Docente de posgrado de las universidades de Nariño, Ibagué, Santo Tomás y Militar.

JULIO CÉSAR CASTILLO PEÑA

Abogado de la Universidad Javeriana - Cali. Magíster en Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia y estudiante de Doctorado en Derecho de la Universidad del Rosario. Actualmente profesor de tiempo completo de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

INSTRUCCIONES PARA AUTORES

La revista científica CODEX de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño, es un medio de divulgación del conocimiento, la investigación, la proyección social y el saber jurídico y socio jurídico. Su objetivo esencial es la publicación de resultados de investigación, generando espacios de debate con un enfoque crítico social sobre temas de relevancia jurídica.

La Revista Científica CODEX está dirigida a abogados, investigadores, litigantes, funcionarios de la rama judicial, legislativa y ejecutiva, estudiantes de derecho de pregrado y postgrado y, en general, a las personas interesadas en asuntos jurídicos y socio jurídicos, a nivel nacional e internacional.

La Revista Científica CODEX trata temas de relevancia académica y científica en el área del derecho privado, público, social (laboral, familia, agrario, medio ambiental, multiculturalidad), penal, internacional y área humanística (sociología, historia del derecho, teoría y filosofía del derecho).

A partir del día 24 de marzo de 2015, oficialmente abre convocatoria permanente para la recepción de artículos científicos, bajo los siguientes parámetros:

1. TIPO DE ARTÍCULOS

La revista científica CODEX publicará artículos resultados de investigación adelantados a nivel nacional e internacional, que cumplan con los requerimientos de Colciencias sobre la materia. La revista publica los siguientes tipos de artículos:

- Artículos de investigación científica y tecnológica: El documento deberá presentar, de manera detallada, los resultados originales de proyectos terminados de investigación. La estructura generalmente utilizada con-

tiene cuatro apartes importantes: introducción, metodología, resultados y conclusiones.

- Artículos de reflexión: El documento deberá presentar resultados de investigación terminada desde una perspectiva analítica, interpretativa o crítica del autor, sobre un tema específico, recurriendo a fuentes originales. Estructura: Introducción, planteamiento de problema, desarrollo y conclusiones.
- Artículos de revisión: El documento deberá presentar el resultado de una investigación terminada donde se analizan, sistematizan e integran los resultados de investigaciones publicadas o no publicadas, con el fin de dar cuenta de los avances y las tendencias de desarrollo. Se caracteriza por presentar una cuidadosa y amplia revisión bibliográfica de por lo menos 50 referencias. Estructura: Introducción, planteamiento de la temática, recuperación bibliográfica, tendencias en el campo del conocimiento, y conclusiones.

2. RESERVA DE DERECHOS

La recepción de un artículo por parte de la Revista Científica CODEX no implica su aprobación, ni el compromiso de publicación. El autor será informado oportunamente de los resultados del proceso de evaluación del artículo, y la fecha de publicación en caso de ser aceptado.

El autor deberá presentar, junto con el artículo, la carta de cesión a la revista de sus derechos patrimoniales sobre el artículo, en la cual autoriza expresamente a la revista a copiar, reproducir, distribuir, publicar, y comercializar el artículo presentado, a través de medios digital o electrónico, físico, reprográfico y en general a través de cualquier medio de comunicación académicamente aceptado.

El autor en la misma carta manifiesta que el artículo respeta los derechos de autor de terceros, y exonera a la Universidad de Nariño de responsabilidad frente a terceros, y se compromete a responder por cualquier acción judicial entablada por ese hecho.

La revista realizará la publicación, en todo caso, mencionando al autor del artículo, y respetando los derechos morales de autor (Ley 23 de 1982, Decisión 351 CAN).

3. REQUISITOS DE LOS ARTÍCULOS

Los artículos presentados a la revista Codex, deben cumplir con los siguientes requisitos:

- 3.1. ORIGINALIDAD: El artículo debe ser original y de autoría de quien lo presenta.
- 3.2. TÍTULO DEL ARTÍCULO: Debe presentarse un título acorde con el contenido del artículo.
- 3.3. IDIOMA: El artículo debe presentarse preferiblemente en español. Sin embargo, la revista también publica artículos que se presenten en inglés o francés.
- 3.4. NOMBRE DEL AUTOR: Se presenta el nombre del autor o autores del artículo, y a pie de página señalar: Pertenencia institucional, títulos académicos, grupo de investigación al cual pertenece, correo electrónico, dirección postal.
- 3.5. RESUMEN: Se realiza en un solo párrafo y se recomienda que su extensión no sea superior a 200 palabras. Debe presentarse en español y en inglés.
- 3.6. PALABRAS CLAVES: Son las palabras que identifican los conceptos básicos utilizados en el artículo, máximo 5 palabras clave. Debe presentar en español e inglés. La revista recomienda consultar el Thesaurus de Unesco: <http://databases.unesco.org/thessp/>.
- 3.7. EXTENSIÓN: El artículo deberá tener una extensión mínima de 10 páginas y máxima de 20 páginas, contando desde el título hasta las referencias. Tipo de página: carta (letter) papel 21.59cm x 27.94cm (8 ½" x 11")
- 3.8. TIPO DE LETRA: Times New Roman, 12 puntos, interlineado 1.5, y texto alineado a la izquierda justificado. Sin espacio entre párrafos.
- 3.9. MÁRGENES: 2,54 cm en toda la hoja.
- 3.10. SANGRÍA: Cinco espacios en la primera línea de cada párrafo.
- 3.11. ESTRUCTURA: El artículo deberá contener una introducción subcapítulos enumerados (1, 2, 3...), conclusiones o recomendaciones, y lista de referencias.

3.12. **IMÁGENES:** El artículo puede contener imágenes, mapas, y diagramas, sin embargo, debe tenerse en cuenta que la publicación se realiza en blanco y negro. Por lo tanto, deberá contener las leyendas para que la información sea entendible.

3.13. **PALABRAS EN LATÍN:** Las palabras en latín deben ir en cursiva.

3.14. **AGRADECIMIENTOS:** Los agradecimientos por el apoyo que hayan recibido los autores se debe colocar al final del artículo, después de la bibliografía.

3.15. **PONENCIAS:** Si el artículo fue presentado como ponencia y esta no fue publicada, deberá indicarse a pie de página.

3.16. **NORMAS:** En el estilo, citas y referencias el autor deberá utilizar las establecidas por la Asociación Americana de Psicología (Normas APA) en la sexta edición. Al final de esta convocatoria encontrará una breve guía de citas.

4. FORMA DE ENVÍO

Los artículos se enviarán al Comité Editorial de la Revista Científica Codex por medio electrónico al correo: rcodex@udenar.edu.co

El autor deberá enviar:

- Artículo en formato Word (archivo con extensión .doc)
- Carta de cesión de derechos diligenciada y firmada por todos los autores, debidamente escaneada (Disponible en: derecho.udenar.edu.co, y en rcodex.udenar.edu.co)
- Formato de presentación del artículo. (Disponible en: derecho.udenar.edu.co, y en rcodex.udenar.edu.co)

Recuerde que la convocatoria de recepción de artículos se encuentra abierta de forma permanente.

5. PROCESO DE ARBITRAJE

La REVISTA CIENTÍFICA CODEX utilizará el sistema de doble ciego para la evaluación de los artículos presentados. En consecuencia, los autores no conocerán los nombres de los pares evaluadores, así mismo, éstos no

conocerán el nombre de aquellos. La evaluación será remitida por los pares evaluadores mencionando únicamente el título del artículo.

El proceso de arbitraje se realizará así:

Los artículos serán revisados por el Comité Editorial el cual evaluará:

- Cumplimiento de los requisitos formales, como extensión, forma de citas, referencias, etc., y existencia de la carta de cesión de derechos.
- Pertinencia del tema: El artículo debe tratar un tema de interés jurídico o socio jurídico.
- Originalidad: El artículo debe ser original e inédito, por lo tanto se descartarán aquellos artículos publicados en otros medios.
- Los artículos que hayan pasado el primer filtro, serán enviados a dos (2) árbitros, expertos en el área, quienes evaluarán:
 - Evaluación de estructura: Evaluarán cada una de las partes del artículo: título, resumen, introducción, metodología, resultados, conclusiones, y referencias.
 - Rigor científico y académico: Se evalúa la validez jurídica y científica de las conclusiones a partir de la metodología y argumentos expuestos en el artículo.
 - Estado del arte: Se evalúa los referentes teóricos y conceptuales expuestos en el artículo.
 - Fuentes bibliográficas: Se evalúa la pertinencia y actualidad de las citas y fuentes bibliográficas.
- Los árbitros brindarán la siguiente calificación:
 - No publicable. El artículo no se publicará.
 - Publicable sin correcciones: El artículo pasa directamente a fase de publicación.
 - Publicable con correcciones: En este caso se informarán las correcciones al autor para que las realice en un término no mayor a diez días hábiles. El comité editorial revisará la pertinencia de las correcciones realizadas, y pasará a fase de publicación.
- La revista se reserva el derecho a realizar correcciones de estilo, las cuales se informarán a los autores.

6. CÓDIGO DE ÉTICA DE LA REVISTA CODEX

- La Revista científica CODEX de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño realiza el proceso de arbitraje con árbitros de reconocida idoneidad, preferiblemente con título de maestría y doctorado, y miembros de prestigiosas instituciones universitarias.
- El proceso de arbitraje garantiza que el artículo se enviará en un formato electrónico que impida o dificulte su modificación, y que garantice la protección a los derechos de autor. Así mismo los árbitros aceptarán conservar la confidencialidad del artículo y los resultados y conclusiones que en él se plasmen, así como a garantizar y proteger los derechos de autor.
- La revista pretende cumplir con los estándares de calidad requeridos para lograr su indexación a nivel nacional e internacional.
- La revista realizará un control estricto de las publicaciones, con el fin de garantizar la no vulneración de derechos de autor de terceros. En el momento que la revista detecte una violación a éstos, comunicará al titular de tales derechos, y pondrá en conocimiento de las autoridades competentes.
- Los escritos que aparezcan en la Revista son de responsabilidad de los autores.
- Los artículos enviados a la revista para ser evaluados no pueden estar en proceso de evaluación en otra publicación.

7. BUENAS PRÁCTICAS EDITORIALES

La revista CODEX acoge los estándares internacionalmente aceptados en materia de publicación científica. Por lo tanto, la revista CODEX adopta en su proceso las directrices fijadas en la 2nd World Conference on Research Integrity realizada en Singapur, en julio de 2010. En consecuencia, recomienda a los autores su revisión. Las directrices pueden consultarse en: http://publicationethics.org/files/International%20standard_editors_for%20website_11_Nov_2011.pdf

8. RECIPROCIDAD

El autor del artículo recibirá en su dirección postal dos (2) ejemplares de la revista, de manera gratuita.

9. DATOS DE CONTACTO

- Página web: derecho.udenar.edu.co
- Dirección Física: Ciudad Universitaria Torobajo, Universidad de Nariño, bloque D, Facultad de Derecho. San Juan de Pasto, Nariño, Colombia.
- Correo electrónico: rcodex@udenar.edu.co
- Teléfono: 57 (602) 731 54 38

MANUAL DE CITAS Y REFERENCIAS

Las citas y los listados de referencias deberán realizarse conforme a las normas APA sexta edición, que pueden consultarse en las páginas:

- <http://www.apa.org/>
- <http://normasapa.com/>

A continuación se presentan ejemplos de las citas más comunes, así como la forma de citar sentencias y leyes admitidas por la revista.

1. CITAS

1.1. Cita textual de menos de 40 palabras

Cuando la cita es textual y consta de menos de 40 palabras se escribe inmersa dentro del texto, entre comillas y sin cursiva. Después de las comillas de cierre entre paréntesis se ubica el apellido del autor, año de publicación, y página usando la abreviatura (p.), el punto se coloca después de la cita. Así, es posible utilizar cualquiera de las dos formas que se indican:

La estructura del derecho colombiano ha tenido cambios relevantes desde el año 1991, principalmente en materia de argumentación jurídica. Una aproximación al concepto de argumentación jurídica permite concluir que “la argumentación es una de las labores que generalmente desarrollamos los abogados en todos los campos del Derecho en el que nos desempeñemos” (Muñoz, 2007, p. 21). Por lo tanto, fuerza concluir, el abogado tiene la misión principal de formarse en argumentación jurídica como una auténtica herramienta de trabajo.

--

La estructura del derecho colombiano ha tenido cambios relevantes desde el año 1991, principalmente en materia de argumentación jurídica. Una aproximación al concepto de argumentación jurídica expuesto por Muñoz (2007) permite concluir que “la argumentación es una de las labores que generalmente desarrollamos los abogados en todos los campos del Derecho en el que nos desempeñemos” (p. 21). Por lo tanto, fuerza concluir, el abogado tiene la misión principal de formarse en argumentación jurídica como una auténtica herramienta de trabajo.

1.2. Cita textual de más de 40 palabras

La cita textual de más de 40 palabras deberá escribirse aparte del texto, con sangría, sin comillas, sin cursiva, y con letra de un tamaño menor (11 puntos), y a espacio sencillo. El punto se coloca antes de la referencia, que se realiza también entre paréntesis. A continuación se exponen dos formas válidas

La estructura del derecho colombiano ha tenido cambios relevantes desde el año 1991, principalmente en materia de argumentación jurídica. Así la doctrina ha expuesto:

Sin embargo, debe hacerse claridad que el concepto de “argumentación jurídica”, no solo se refiere a la argumentación judicial, pues esta última es solo una de las caras que puede mostrar la argumentación jurídica. El campo que abarca el concepto es en realidad más amplio y si bien es cierto que en tratándose del debate judicial, este termina con la sentencia, la cual por supuesto debe ser argumentada, esta se presenta ya como el producto de las argumentaciones de las partes. (Muñoz, 2007, p. 22)

La estructura del derecho colombiano ha tenido cambios relevantes desde el año 1991, principalmente en materia de argumentación jurídica. Así Muñoz (2007) ha expuesto:

Sin embargo, debe hacerse claridad que el concepto de “argumentación jurídica”, no solo se refiere a la argumentación judicial, pues esta última es solo una de las caras que puede mostrar la argumentación jurídica. El campo que abarca el concepto es en realidad más amplio y si bien es cierto que en tratándose del debate judicial, este termina con la sentencia, la cual por supuesto debe ser argumentada, esta se presenta ya como el producto de las argumentaciones de las partes. (p. 22)

1.3. Cita de parafraseo

Es la cita que plasma las ideas de otro autor, pero con las palabras propias del escritor. Al final de la idea retomada se realiza la cita entre paréntesis, y sin mencionar el número de página.

La estructura del derecho colombiano ha tenido cambios relevantes desde el año 1991, principalmente en materia de argumentación jurídica. La labor cotidiana del abogado incluye elementos de argumentación, y específicamente de la argumentación jurídica. (Muñoz, 2007)

La estructura del derecho colombiano ha tenido cambios relevantes desde el año 1991, principalmente en materia de argumentación jurídica. Así las cosas, Muñoz (2007) aclara que la labor cotidiana del abogado incluye elementos de argumentación, y específicamente de la argumentación jurídica.

1.4. Citas de textos con varios autores

Dos autores: Los apellidos se separan con “y”, y en inglés se utiliza “&”.

Muñoz y Coral (2005) consideran que...

Cabe resaltar que varios autores coinciden con lo afirmado (Muñoz y Coral, 2005).

Tres a cinco autores: La primera vez que se citan se indican los apellidos de todos, posteriormente sólo el primero, y se agrega “et al” seguido de punto.

Pérez, Martínez, y Muñoz (2010), consideran....

De esta forma Pérez et al. (2010), afirma...

Esa es la postura general de la doctrina (Pérez, Martínez, y Muñoz, 2010). Sin embargo se ha presentado críticas al respecto (Pérez et al., 2010).

Seis o más autores: Se cita el apellido del primero seguido de et al., desde la primera citación.

1.5. Cita de textos de autor corporativo

Se coloca el nombre de la entidad en lugar del apellido, la primera vez se cita el nombre completo de la entidad y entre paréntesis la sigla. Las citas subsiguientes únicamente llevan la sigla.

Los programas ofrecidos por la Universidad de Nariño (Udenar, 2012)..., siendo así la política de la educación pública en Colombia requiere ajustes (Universidad de Nariño [Udenar], 2012).

1.6. Cita de textos anónimos

En lugar del apellido se coloca la palabra “anónimo”.

1.7. Cita de cita

Cuando no se tiene acceso a la fuente directa de la información, sino a través de un autor que hace la cita, se hace conforme al ejemplo:

Bonorino (como se citó en Muñoz, 2007), ha planteado que...

1.8. Notas

Puede utilizar el pie de página para realizar ampliación del tema, ejemplos, o puntualizaciones en torno a lo expuesto en el párrafo principal.

1.9. Sentencias

Entre paréntesis se indicará el nombre de la corporación, seguida de coma, y el número de la sentencia.

(Corte Constitucional, T-406-92).

(Corte Suprema de Justicia Sala Casación Civil, Sentencia del 15 de agosto de 2014).

1.10. Leyes

Entre paréntesis se indicará el país, y el número y año de la ley.

(Colombia, Ley 1480 de 2001).

(Colombia, Código Civil).

2. REFERENCIAS

Las referencias se realizarán enlistando en orden alfabético únicamente los textos citados en el artículo. Deberá contar con sangría francesa.

2.1. Libros

Apellido, A.A. (Año). *Título*. Ciudad, País: Editorial.

Alexy, R. (2008). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

2.2 Libros de varios autores

Apellido, A.A., Apellido, A.A., & Apellido, A.A. (Año). *Título*. Ciudad, País: Editorial.

Narváez García J.I., Narváez Bonnet J. E. & Narváez Bonnet O.S. (2008). *Derecho de la empresa*. Bogotá: Legis Editores.

2.3 Libro con editor (los capítulos son escritos por varios autores)

Apellido, A.A. (Ed). (Año). *Título*. Ciudad, País: Editorial.

2.4 Libro en versión electrónica

Apellido, A.A. (año). *Título*. Recuperado de <http://www.xxx.xxx>

2.5. Capítulo de libro

Apellido, A.A. y Apellido. A.A. (Año). Título del capítulo. En: A.A. Apellido (Ed.), *Título del libro* (pp. xx-xx). Ciudad, País: Editorial.

Martínez, M.M. y Gonzales, A.P. (2012). Historia del Derecho Moderno. En: P.M. Pérez (Ed). *Nuevas tendencias del derecho* (pp. 58-23). Pasto, Colombia: Editorial Universidad de Nariño.

2.6. Artículo de revista

Apellido, A.A., y Apellido, A.A. (Año). Título del Artículo. *Nombre de la Revista*, volumen (o número), pp-pp.

Martínez, M.M. y Gonzales, A.P. (2012). La ley en el mundo romano. *Revista Foro Universitario*, 13, 12-34.

2.7. Artículo de periódico

Apellido, A.A. (Fecha). Título de artículo. *Nombre del periódico*, pp-pp. Online:

Apellido, A.A. (Fecha). Título del artículo. *Nombre del periódico*. Recuperado de <http://www.xxx.xxx>

2.8. Autor corporativo - informe gubernamental

Nombre de la organización (Año). *Título del informe*. Recuperado de: <http://www.xxx.xxx>

2.9. Tesis y trabajos de grado

Apellido, A.A. (Año). *Título de la tesis* (tesis de pregrado, maestría o doctoral). Nombre de la institución; ciudad, país.

2.10. Sentencias

País. Corporación (Año, día de mes). Sentencia S-333, M.P. Ernesto García, Ciudad.

2.11. Leyes

País. Corporación (Año, día de mes) Ley XXX “por medio de la cual...”

SUSCRIPCIÓN VERSIÓN ELECTRÓNICA

Estimado Lector. Si desea suscribirse GRATUITAMENTE a la Revista Científica CODEX versión electrónica, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño, ingrese a la página: <http://rcodex.udenar.edu.co>

Realice el registro y recibirá en su correo electrónico los próximos números de la revista.

CUPÓN DE SUSCRIPCIÓN VERSIÓN FÍSICA

Puede suscribirse a la versión física de la Revista Científica CODEX, diligenciando el cupón *on line* disponible en la página <http://rcodex.udenar.edu.co>.

También puede suscribirse recortando el cupón que se encuentra a continuación y enviándolo a la dirección: Calle 18 Carrera 50, Universidad de Nariño, Ciudadela Universitaria Torobajo, Bloque D, Facultad de Derecho, de la ciudad de San Juan de Pasto, Departamento de Nariño, República de Colombia. También puede escanearlo y enviarlo al correo: rcodex@udenar.edu.co

A vuelta de correo se le informarán los costos de envío y la forma de pago de los mismos.

REVISTA CIENTÍFICA CODEX
CUPÓN DE SUSCRIPCIÓN VERSIÓN FÍSICA

Nombre y/o Institución:

Cédula/NIT/DNI _____

Dirección: _____

Ciudad: _____

Depto/Estado: _____ País: _____

A.A. _____ Teléfono: _____

E-mail: _____

Pertenencia Institucional: _____

Firma _____

Esta obra se imprimió en
GRAFICOLOR PASTO SAS
Calle 18 No. 29-67 - Tel. 601 731 06 52
graficolorpasto@hotmail.com
San Juan de Pasto - Nariño



Universidad de **Nariño**
FUNDADA EN 1904



Centro de Investigaciones
y Estudios Socio-Jurídicos