



# GACETA DEL CONGRESO

SENADO Y CAMARA

(Artículo 36, Ley 5a. de 1992)

IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA

[www.imprenta.gov.co](http://www.imprenta.gov.co)

ISSN 0123 - 9066

AÑO XVII - Nº 711

Bogotá, D. C., martes 14 de octubre de 2008

EDICION DE 16 PAGINAS

DIRECTORES:

EMILIO RAMON OTERO DAJUD  
SECRETARIO GENERAL DEL SENADO  
[www.secretariassenado.gov.co](http://www.secretariassenado.gov.co)

JESUS ALFONSO RODRIGUEZ CAMARGO  
SECRETARIO GENERAL DE LA CAMARA  
[www.camara.gov.co](http://www.camara.gov.co)

RAMA LEGISLATIVA DEL PODER PUBLICO

## SENADO DE LA REPUBLICA

### PONENCIAS

#### PONENCIA FAVORABLE PARA PRIMER DEBATE AL PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO NUMERO 08 DE 2008 SENADO

*por medio del cual se modifican los artículos 328 y 356  
de la Constitución Política.*

Bogotá, D. C., octubre 6 de 2008

Doctor

JAVIER CACERES LEAL

Presidente

COMISION PRIMERA SENADO DE LA REPUBLICA

E. S. D.

Ref.: **Ponencia Primer debate al Proyecto de Acto Legislativo número 08 de 2008 Senado**, por medio del cual se modifican los artículos 328 y 356 de la Constitución Política.

Respetado Presidente:

Con el agrado y el Honor que corresponde procedo a presentar **Ponencia favorable para primer debate al Proyecto de Acto Legislativo número 08 de 2008 Senado**, por medio de la cual se modifican los artículos 328 y 356 de la Constitución Política, con el propósito de erigir al municipio Huilense de San Agustín en Distrito Especial, Arqueológico, Biodiverso y Ecoturístico.

#### 1. Naturaleza del Proyecto

Por tratarse de una reforma constitucional, en la medida que la definición de los distritos especiales es de rango constitucional, requiere del trámite de un proyecto que para este caso es de Acto Legislativo, tal como lo establece el artículo 375 de la Carta Política.

Por tratarse de un acto legislativo de origen parlamentario, debe reunir, como sucede en este caso, el respaldo de por lo menos diez congresistas en calidad de autores del proyecto. También por disposición constitucional, el proyecto debe ser discutido y aprobado en dos períodos ordinarios y consecutivos, en ocho debates.

#### 2. Reseña Histórica

Los antecedentes históricos indican que en el año 1757, Fray Juan de Santa Gertrudis se encontró con las esculturas agustinianas talladas en

pedra las cuales causaron la curiosidad de personalidades que llegaron a la zona con propósitos científicos, entre ellos José Pérez de Barrada, Reichel Dolmatoff, Héctor Llanos, Víctor González, Robertt Drennan, los cuales de una u otra manera se les puede catalogar como turistas científicos que incentivaron los movimientos poblacionales hacia la zona de turistas que llegan día tras día con la finalidad de conocer la arqueología y disfrutar de la naturaleza y tranquilidad del lugar. Es así como los nativos de la región iniciaron a organizarse para la prestación de diferentes servicios turísticos como alojamiento, restaurante, guianza turística, transporte turístico, agencias de viajes, entre otros, convirtiendo esta actividad en una de las principales bases económicas de San Agustín, después de la agricultura. De esta manera el turismo se constituyó en un factor económico relevante en el mejoramiento de la calidad de vida directa e indirecta de los 33.000 habitantes con los que cuenta el municipio de San Agustín.

Anualmente San Agustín recibe aproximadamente 60.000 turistas, este es el resultado del año inmediatamente anterior:

#### Relación de turistas año 2007

MES	COLOMBIANOS			EXTRANJEROS	TOTALES
	ADULTOS	ESTUDIANTES	SUBTOTAL		
ENERO	11.033	238	11.271	402	11.673
FEBRERO	1.405	47	1.452	323	1.775
MARZO	1.902	70	1.972	215	2.187
ABRIL	6.118	676	6.794	380	7.174
MAYO	1.252	1.433	2.685	216	2.901
JUNIO	3.238	277	3.515	237	3.752
JULIO	5.557	790	6.347	398	6.745
AGOSTO	3.277	1.148	4.425	494	4.919
SEPTIEMBRE	2.793	372	3.165	259	3.424
OCTUBRE	2.314	1.009	3.323	248	3.571
NOVIEMBRE	3.511	1.830	5.341	293	5.634
DICIEMBRE	4.709	317	5.026	354	5.380
<b>TOTALES</b>	<b>47.109</b>	<b>8.207</b>	<b>55.316</b>	<b>3.819</b>	<b>59.135</b>

Fuente de datos Parque Arqueológico de San Agustín.

#### 3. Aspectos Generales

Esta iniciativa busca dar reconocimiento al municipio de San Agustín como distrito especial histórico, biodiverso y ecoturístico del

departamento del Huila, Colombia, por su famoso legado histórico arqueológico, con un relieve biodiverso, en el cual se destaca el estrecho y la Laguna de la Magdalena, que constituye el nacimiento del río más grande de Colombia, el cual atraviesa el país de sur a norte.

Por encontrarse dentro de las estribaciones del Macizo Colombiano se ha convertido en pulmón del mundo, Capital arqueológica de Colombia y desde el 5 de noviembre de 1995 por nombramiento de la Unesco se convirtió en Patrimonio de la Humanidad; en la contemporaneidad es considerada una maravilla de la Colombia antigua.

Esta distinción, que se confiere por medio de este proyecto de Acto Legislativo al municipio San Agustín, le permitirá articular procesos de valoración, competitividad, sostenibilidad y difusión del patrimonio cultural colombiano promoviendo la economía del municipio, del departamento, del país y la generación de empleo a través del turismo receptivo y doméstico.

El municipio de San Agustín, está ubicado al sur del departamento del Huila sobre las estribaciones orientales del Macizo Colombiano, con una altura de 1.730 m sobre el nivel del mar y 18 grados centígrados de temperatura, rodeado de montañas y valles, cañones como el del río Magdalena.

De características históricas y culturales, ya que cuenta con patrimonio histórico el cual está conformado por todos aquellos bienes, valores y demás elementos que son manifestación de la identidad cultural de cada una de las veredas de los municipios de San Agustín e Isnos los cuales conforman una sola cultura la agustiniana, expresiones reflejadas en sus tradiciones, costumbres, hábitos, el conjunto de bienes materiales e inmateriales, muebles e inmuebles, áreas o zonas del territorio agustiniano que encarnan un especial interés histórico, artístico, estético, arquitectónico, arqueológico, ambiental, ecológico, musical, antropológico y científico, así como diversas manifestaciones, productos y representaciones de la cultura popular que existen en el municipio.

**Medio ambiente:** Grandes áreas del Parque Nacional Natural Puracé se encuentran ubicadas en jurisdicción del municipio de San Agustín y sus alrededores, en las cuales se pueden desarrollar, además de las actividades previstas en la normatividad ambiental vigente, actividades ecoturísticas que garantizan la conservación ecológica, previniendo el deterioro ambiental, con la protección del ecosistema y la biodiversidad e integridad del ambiente, de acuerdo con la capacidad de carga de los ecosistemas.

**Patrimonio Cultural:** En San Agustín se encuentra un conjunto de bienes históricos–arqueológicos que hacen parte integral del patrimonio cultural del municipio, el Parque arqueológico de San Agustín, el cual hace parte desde 1995 del listado de bienes declarados “Patrimonio de la Humanidad por la Unesco y la **segunda maravilla de la Colombia antigua**.”

El Parque Arqueológico de San Agustín, es el centro ceremonial más importante del circuito arqueológico, localizado a 3 Kilómetros del centro urbano de San Agustín en dirección sur. El Parque está formado por reductos de bosque natural primario en la que predominan muchos árboles frutales.

Su altura a nivel del mar es de 1.810 m y su temperatura promedio es 17°C.

Este sitio arqueológico está dividido en 6 zonas muy bien comunicadas por caminos de piedra, rodeada de vegetación que hace agradable la estancia al visitante.

**Capital Arqueológica de Colombia:** San Agustín fue nombrado capital arqueológica de Colombia según acuerdo número 006 del 17 de julio de 1984.

De esta serie de ventajas que en razón a su ubicación estratégica (el Macizo Colombiano) y el componente de sus atractivos turísticos se derivan para la actividad turística sostenible, que redunde en el desa-

rollo socioeconómico en el ámbito comercial turístico, ambiental y el fomento de la cultura del manejo; uso, preservación, recuperación, control y aprovechamiento de tales recursos en pro del desarrollo y crecimiento económico de la región son consideradas atribuciones de carácter especial que conllevan una justificación razonable dentro de la Constitución Política sea nombrado Distrito Especial Arqueológico, Biodiverso y Ecoturístico.

Por último, tan solo hacemos una modificación de término legislativo, consistente en el artículo 1° del acto legislativo, que el párrafo nuevo que se adiciona al artículo 356 de la C. P. es el 18. Lo anterior, con el propósito de definir su ubicación en dicho artículo.

#### Proposición

Dése primer debate al **Proyecto de Acto Legislativo número 08 de 2008 Senado**, por el cual se modifican los artículos 328 y 356 de la Constitución Política, con el pliego de modificaciones que se adjunta.

*Hernán Andrade Serrano,*

Senador Ponente.

#### PLIEGO DE MODIFICACIONES AL PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO NUMERO 08 DE 2008 SENADO

*por medio del cual se modifican los artículos 328 y 356 de la Constitución Política.*

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1°. El inciso 1° del artículo 328 de la Constitución Política, quedará así:

Artículo 328: El Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, y el Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta y Barranquilla conservarán su régimen y carácter, se organiza a Buenaventura y Tumaco como Distrito Especial, Industrial, Portuario, Biodiverso y Ecoturístico. Así mismo, el municipio de San Agustín en el departamento del Huila como Distrito Especial Arqueológico, Biodiverso y Ecoturístico.

Artículo 2°. El artículo 356 de la Constitución Política tendrá el siguiente inciso:

“Artículo 356: “...”

“El municipio de San Agustín, en el departamento del Huila, se organiza como Distrito Especial Arqueológico, Biodiverso y Ecoturístico.

Su régimen político, fiscal y administrativo será el que determine la Constitución y las leyes especiales, que para el efecto se dicten, y en lo no dispuesto en ellas, las normas vigentes para los municipios”.

Artículo 3°. El presente Acto Legislativo rige a partir de su promulgación.

*Hernán Andrade Serrano,*

Senador Ponente.

\* \* \*

#### PONENCIA PARA PRIMER DEBATE AL PROYECTO DE LEY NUMERO 293 DE 2008 SENADO, 138 DE 2007 CAMARA

*por la cual se establece la acumulación de minutos o segundos no consumidos en telefonía fija, planes postpago y tarjetas prepago a favor de los usuarios y se dictan otras disposiciones.*

Bogotá, D. C., octubre 6 de 2008

Doctor

PLINIO EDILBERTO OLANO BECERRA

Presidente

Comisión Sexta Constitucional Permanente

Honorable Senado de la República

Ciudad

En cumplimiento de la designación realizada por la Mesa Directiva de la Comisión Sexta del Senado de la República, nos permitimos presentar informe de **ponencia para primer debate al Proyecto de ley número 293 de 2008 Senado y 138 de 2007 Cámara por la cual se establece la acumulación de minutos o segundos no consumidos en telefonía fija, planes postpago y tarjetas prepago a favor de los usuarios y se dictan otras disposiciones.** Cordialmente,

*Juan Manuel Corzo Román, Plinio E. Olano Becerra, Coordinadores; Carlos R. Ferro Solanilla, Néstor I. Moreno Rojas, Carlos J. González Villa, Oscar J. Suárez Mira, Edgar Espíndola Niño, Ponentes.*

**PONENCIA PARA PRIMER DEBATE AL PROYECTO DE LEY NUMERO 293 DE 2008 SENADO Y 138 DE 2007 CAMARA**

*por la cual se establece la acumulación de minutos o segundos no consumidos en telefonía fija, planes postpago y tarjetas prepago a favor de los usuarios y se dictan otras disposiciones.*

**ANTECEDENTES DEL PROYECTO**

El Proyecto de ley en mención fue introducido para trámite legislativo por iniciativa parlamentaria, ha surtido los debates respectivos al interior de la Cámara y ahora ha sido puesto en consideración de la Comisión Sexta del Senado para su análisis pertinente. En él ha participado el concepto del Ministerio de Comunicaciones haciendo las precisiones legales y técnicas del caso.

La exposición inicial de motivos está caracterizada por un breve análisis del comportamiento del mercado, Comcel, por ejemplo, para tomar la más grande compañía de telefonía celular, sobrepasó las expectativas. Las utilidades de este grupo alcanzaron los 2.4 billones, frente a 1.6 billones del primer semestre del año anterior, lo que indica un aumento significativo.

La Superintendencia de Industria y Comercio y el Ministerio de Comunicaciones informan que de acuerdo con el reporte emitido por los operadores de telefonía móvil, en el segundo trimestre de 2006 el número de nuevos abonados se incrementó en un 11.77% es decir, en 2.943.517, para un gran total a 30 de junio de 2006, de 27.958.640 de usuarios. Cabe destacar que para el mismo periodo del 2005 el número de usuarios era de 15.581.389, como se muestra en la siguiente gráfica.

**USUARIOS REPORTADOS POR LOS OPERADORES MOVILES COMPARATIVO**

Operador	Primer Trimestre 2006	Segundo Trimestre 2006
	Enero marzo	Abril junio
	Total Usuarios	Total Usuarios
Telefónica Móviles Colombia S. A.	6.817.781	7.474.023
Colombia Móvil. S. A. ESP.	2.318.628	2.514.990
Comunicación celular Comcel S. A.	5.878.714	17.969.627
<b>Total</b>	<b>25.015.123</b>	<b>27.958.640</b>

**INDICE DE PQR'S EN CELULARES DISMINUYO EN EL SEGUNDO TRIMESTRE DE 2006**

Operador	Primer Trimestre 2006	Segundo Trimestre 2006
	Enero marzo	Abril junio
	Total PQR'S Recibidas	Total PQR'S Recibidas
Telefónica Móviles Colombia S. A.	17.693	18.987
Colombia Móvil. S. A. ESP.	31.170	22.025
Comunicación celular Comcel S. A.	22.592	26.003
<b>Total</b>	<b>71.455</b>	<b>67.015</b>

La Superintendencia de Industria y Comercio y el Ministerio de Comunicaciones informan que de acuerdo con el reporte emitido por

los operadores en telefonía móvil en el segundo semestre de 2006, el número de nuevos abonados se incrementó en un 11.77%, es decir, en 2.943.517, para un gran total a 30 de junio 2006 de 27.958.640 usuarios. Cabe destacar que para el mismo periodo del 2005 el número de usuarios era de 15.581.389.

Después de evaluar las peticiones, quejas y reclamos que recibieron los operadores de telefonía móvil en el periodo comprendido entre el primero de abril y 30 de junio de 2006 se encontró que a pesar que el número de usuarios ha aumentado, se presentó una disminución de 4.440 de peticiones, quejas y reclamos, equivalente a un 6.62% con respecto al primer trimestre. De este gran total, Colombia Móvil disminuyó en un 29.34%, contrario a Telefónica con el 28.33%.

El tipo de peticiones, quejas y reclamos recibidas por los operadores pone en evidencia los problemas más comunes que enfrentan los usuarios de telefonía móvil así como las debilidades que se siguen presentando entre los operadores con temas como facturación indebida, deficiencia en la calidad y prestación del servicio, no abono oportuno y negación de llamadas de fijo a celular, entre otras.

La telefonía celular ha pasado de ser un artículo suntuario, de privilegio para algunos sectores de la sociedad, a convertirse en un artículo indispensable para la comunicación de millones de colombianos. Todos sin distinción de clase social, cuentan con una línea celular y se prefiere por encima de una línea convencional porque el costo de esta resulta mucho mayor. Bajo estas preferencias se encuentra que los usuarios optan por la modalidad prepago ya que las condiciones son más flexibles que estar bajo el esquema pospago.

Las tarifas señalan que el tiempo de llamada será facturado por minuto, sin importar que el usuario no hable la totalidad del mismo, es decir, el tiempo de la llamada se redondea al minuto superior siguiente. Supongamos que un usuario hace 6 llamadas cada una con duración de 1 minuto con 1 segundo. Lo lógico es que el usuario se le cobre 6 minutos con 6 segundos. El operador celular aplicando el redondeo le cobrará 12 minutos, casi el doble del tiempo que efectivamente hizo uso del servicio. De esa forma las empresas obtienen una ganancia adicional por minuto cercana al 100 por ciento. Esta situación es avalada por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, lo cual configura una desventaja para el consumidor, por cuanto debe pagar de conformidad con lo que se consume, lo cual no sucede así, pues las compañías de telefonía móvil celular utilizan el mal llamado redondeo.

Avalando esta situación denominada "redondeo" la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones expidió la Resolución 1040 de 2004, en su artículo 7.3.6 Transferencia de saldos. Siempre y cuando sea técnicamente viable, los operadores deberán ofrecer la opción de transferir los saldos no consumidos de tarjetas aún vigentes, a una nueva tarjeta, mediante el reemplazo de tarjetas, activación a través de un sistema de audiorrespuesta o por cualquier otro medio idóneo.

El operador deberá informar al usuario si se permite la transferencia de saldos. Y artículo 7.3.7. Vencimiento de las tarjetas prepago. Los operadores responsables de los servicios ofrecidos en una tarjeta prepago, deberán informar mediante un aviso claramente identificable por el usuario, antes de la compra de la tarjeta, el tiempo de vigencia de la misma a partir de su primer uso y la fecha de expiración. En ningún caso la fecha de expiración podrá ser inferior a un (1) año, contado a partir de su expedición.

**REGIMEN JURIDICO DE LAS TARJETAS PREPAGO**

De conformidad con las características del acuerdo de voluntades existente entre el usuario y la empresa prestadora del servicio, se puede concluir que las tarjetas prepago se encuentran sujetas a un contrato de adhesión, el cual a pesar de ser atípico no se encuentra eximido de cumplir con lo establecido en el régimen de protección al consumidor.

El contenido de la tarjeta prepago debe corresponder a la información que se suministre a su comprador. Las tarifas prepago no están sujetas a normatividad alguna que obligue a la empresa prestadora del servicio vender unidades de tiempo específicas, por lo tanto, esto es algo que se debe determinar en el contrato. No obstante lo anterior, es de aclarar que las tarifas que se les aplican se encuentran sujetas al régimen vigilado por la CRT.

### REGIMEN CONTRACTUAL

Por lo general la celebración de un contrato implica una discusión previa de las partes en relación con las cláusulas que lo integran, sin embargo, existen contratos en los que dicha discusión no se lleva a cabo, como es el caso de la prestación de servicios públicos domiciliarios, puesto que en este evento, es la misma empresa prestadora del servicio quien determina las condiciones del mismo sin que el usuario tenga lugar a discutir las, estos son los denominados contratos de adhesión.

En telefonía móvil celular existen dos modalidades contractuales, la primera que es el de los planes pospago, los cuales no son más que contratos comerciales de prestación de servicios públicos de telefonía móvil celular, los cuales llevan implícitas las obligaciones pero que en el momento no son claros en los derechos de los usuarios y los mecanismos de protección de estos. La segunda es la concerniente a las tarjetas prepago, allí quien impone las condiciones de venta y uso de las mismas es la empresa prestadora del servicio, por lo tanto el usuario no hace otra cosa que adherirse a tales condiciones, sin entrar a discutir sobre su validez.

No obstante lo anterior, es de aclarar que el usuario tiene derecho a conocer toda la información que pueda resultar útil al momento de determinar si desea o no adquirir el servicio, por lo tanto, si bien no existe la posibilidad de entrar a negociar las cláusulas del negocio, sí puede exigir que se le brinde una información detallada del producto que está adquiriendo. En conclusión, el contrato que existe en la adquisición de tarjetas prepago es de adhesión, de tal forma que es la empresa prestadora del servicio la que impone todas las condiciones de venta.

Debe tenerse en cuenta que el contrato de adhesión es un contrato atípico, el cual debe ser regulado en esta ley, por cuanto hasta el momento no existe una reglamentación especial para este tipo de acuerdos, debido a ello deberá entonces adelantarse el proceso legislativo para someterlo a las reglas generales de los contratos en los que prima la voluntad de las partes. Sin embargo, es de anotar que toda venta de productos o servicios obliga al productor o proveedor a brindar al consumidor una información veraz y suficiente sobre el bien comercializado. Es así como la venta de tarjetas prepago deberá respetar los derechos de todo consumidor, sobre las propiedades de los servicios ofrecidos y la veracidad y suficiencia de estos. En conclusión, no existen normas especiales que obliguen a las empresas comercializadoras de tarjetas prepago a tener en cuenta ciertas cláusulas en el contrato y más aún en lo relacionado con la caducidad y la acumulación de minutos y segundos, lo cual les ha permitido a estas un lucro a costa de la posición dominante.

Ahora, en lo relativo al valor del minuto en telefonía celular, hay que tener en cuenta que conforme a lo indicado en la Resolución 253 del 28 de abril de 2000 de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, los servicios de telefonía móvil se someten al régimen vigilado de tarifas, es decir, los operadores de dichos servicios podrán aplicar las estructuras tarifarias que ellos determinan, siempre que se respeten los regímenes de leal y libre competencia. Lo que se considera una legislación flexible que los operadores imponen su propio régimen. Si hablamos de las tarifas por minuto de las tarjetas prepago, el valor del minuto es de un costo totalmente superior al minuto pospago.

De otro parte la citada resolución define el régimen vigilado como aquel en que los operadores pueden determinar libremente las tarifas

a cobrar a sus usuarios, pero estas deben haberse sometido a registro ante la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, sumado a lo anterior, la Comisión tiene la facultad para solicitar a los operadores informes sobre la metodología y diferentes estudios que se llevaron a cabo para fijar las tarifas adoptadas, pero continuamos con el más costoso del mundo.

### ASPECTOS CONSTITUCIONAL Y LEGAL

La Constitución Política en su artículo 334 dispone lo siguiente: La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano.

El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y la competitividad y el desarrollo armónico de las regiones.

Y en artículo 365. Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.

El artículo 78 a su vez establece que: La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización. Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios. El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos.

Estas normas enseñan la obligación de velar por los derechos de la parte débil de la relación entre operadores y consumidores, especialmente en la contratación masiva de bienes y servicios. A su vez la Ley 37 de 1993 define lo siguiente en su artículo 1°. La telefonía móvil celular es un servicio público de telecomunicaciones, no domiciliario, de ámbito y cubrimiento nacional, que proporciona en sí mismo capacidad completa para la comunicación telefónica entre usuarios móviles y, a través de la interconexión con la red telefónica pública conmutada (RTPC), entre aquellos y usuarios fijos, haciendo uso de una red de telefonía móvil celular, en la que la parte del espectro radioeléctrico asignado constituye su elemento principal.

De conformidad con el artículo 365 de la Constitución Política, los servicios públicos son inherentes a la función social del Estado, siendo su deber asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional, y a su vez, el artículo 4° del Decreto-ley 1900 de 1990, establece que las telecomunicaciones son un servicio público a cargo del Estado.

La Comisión de Regulación de Telecomunicaciones en su Resolución 575 de 2002 define la tarjeta prepago como “cualquier medio impreso electrónico, que mediante el uso de claves de acceso u otros sistemas de identificación, permite a un usuario acceder a una capacidad predeterminada de servicios de telecomunicaciones que ha adquirido en forma anticipada”.

El artículo 37 del Decreto 1130 de 1999 faculta a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones para expedir toda regulación de carácter general y particular en las materias relacionadas con el régimen de protección al usuario, respecto de todos los servicios de telecomunicaciones salvo los de televisión, radiodifusión sonora y auxiliares de ayuda.

En cada uno de los casos, llámese minutos no consumidos en un ciclo de facturación en los paquetes ofrecidos, conforme a los planes tarifarios en telefonía fija o celular en la modalidad de pospago y en las tarjetas prepago, la empresa recibe un pago por adelantado, pero el usuario si es que no usa todo el paquete de minutos, perderá el saldo no usado. Esta es una estipulación inequitativa que hay que corregir, puesto que el usuario debería poder acumular sus minutos o segundos no utilizados.

### CONCEPTO DEL MINISTERIO DE COMUNICACIONES

Informado el Ministerio de Comunicaciones, la señora Ministra procedió a informar que: “debe señalarse que la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones expidió la Resolución 1732 de 2007. Régimen de Protección de Derechos de los Suscriptores y/o usuarios de los Servicios de Telecomunicaciones, a través de la cual se procedió a modificar, entre otras, las disposiciones relacionadas con el uso de las tarjetas prepago, con el propósito de contemplar la obligación de transferencia de saldos y de prever que cada vez que un usuario utilice su tarjeta, la empresa responsable le informe el saldo en dinero disponible y la fecha de vigencia, con el fin que esté informado del tiempo disponible para consumir los minutos”.

Expresa además que ese nuevo régimen regulatorio fortalece la cultura del usuario informado y capaz de decidir libremente lo que más le conviene, razón por la cual, se protege su derecho a obtener la información que resulta relevante para el adecuado uso de las tarjetas prepago. Considera que la Comisión se ha ocupado ampliamente del tema de las tarjetas de prepago, especialmente del traslado de saldos, a través de una disposición de reciente expedición y de obligatorio cumplimiento para los operadores de telecomunicaciones, por lo que no considera necesario entrar a definir estos aspectos a nivel legal.

De otro lado expresa que la propuesta de acumulación de los minutos incluidos en un plan de pospago es importante tener en cuenta que el usuario al tener conocimiento de cuántos minutos tiene su plan y debe consumir, puede comparar y escoger entre distintos planes, inclusive cambiarse de plan, así como controlar su consumo de acuerdo a sus posibilidades económicas, lo cual implica la responsabilidad de estos en la selección de los planes y el pago oportuno del servicio. Afirma entonces que no es conveniente que la ley establezca posibles limitaciones a las ofertas comerciales dispuestas por los operadores en planes pospago, generando posibles abstenciones de ofrecer planes con minutos incluidos a tarifas especiales que benefician a los usuarios.

Frente al término de vigencia de sesenta días para las tarjetas prepago, manifiesta que la misma podría llevar a desincentivar el ofrecimiento de promociones aplicables a los servicios prestados a través de las tarjetas que hoy son ofrecidas por los operadores, especialmente frente a aquellas con pocos minutos a un costo reducido, las cuales favorecen un amplio número de usuarios que no cuentan con suficientes recursos económicos para adquirir tarjetas de un monto superior y que a través de dicho sistema mantienen activada su línea prepago para recibir mensajes de texto o llamadas. Advierte que dicha situación fue abordada por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones en la Resolución 1732 de 2007 en su artículo 54.

## CONSIDERACIONES

### LIBERTAD ECONOMICA:

La libertad económica es uno de los principios fundamentales de la constitución política colombiana. Como tal, tiene un doble contenido de clara naturaleza constitucional. De una parte, la libertad de empresa como fundamento de la actividad particular y de los derechos inherentes a ella, que pueden hacerse valer frente a la intervención del Estado cuando este pretenda reglamentarla; de otra, la libertad de competencia, entendida como el derecho a emular con otro sin ser discriminado, lo que naturalmente conduce a limitar las condiciones en las cuales las personas públicas pueden participar en la actividad económica sin desnaturalizar la sana competencia.

El artículo 333 de la Constitución Política estipula que la actividad económica y la iniciativa privada son libres dentro de los límites del bien común. Según el inciso 5° del mismo artículo, la ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación. En consecuencia, estos límites los fija el Congreso según el artículo 150, ordinal 21, que para este efecto debe concordarse con el artículo 334 de la Constitución Política donde se consagra la dirección general de la economía por parte del Estado. El texto constitucional consagra la libertad económica, recogiendo el doble contenido de un principio inspirado en los autores franceses con De Laubadere y Devolve<sup>1</sup> a la cabeza: la libertad de empresa y la libre competencia.

Por su parte, la Corte Constitucional coincide con la doctrina al señalar que la libertad económica es una facultad que tiene toda persona, de realizar actividades de carácter económico según sus preferencias o habilidades, con miras a crear mantener o incrementar un patrimonio<sup>2</sup>.

Por su parte la libertad de empresa se fundamenta en la libertad económica y se refiere a dos tópicos básicos:

i) La libertad de establecerse o de instalarse, que con la sola limitación del bien común consagra el inciso primero del artículo 333 de la Constitución Política en su parte final: Para su ejercicio nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. Existen algunas excepciones a este principio en la Constitución, como las previstas en los artículos 335 y 150 numeral 19; 189, numerales 24 y 25, atinentes a la actividad financiera, bursátil y aseguradora que, por ser de interés público, sólo pueden ser ejercidas con autorización del Estado.

ii) La libertad de ejercicio o de explotación de la actividad profesional, lo que se opone al menos de manera teórica, a restringir la utilización de ciertos procedimientos o de ciertos productos, en general al establecimiento de limitaciones que se refieran tanto a la actividad ejercida propiamente dicha, como a la persona que la ejerce. Incluye desde luego, la libertad de contratar.

Esta concebida libertad de empresa conlleva una natural restricción para efectos de garantizar especialmente el mantenimiento del orden público, las necesidades de seguridad, salubridad, higiene pública a favor de los consumidores (art. 78 de la Constitución Política). Igualmente el control sobre la publicidad e información a que están sometidos durante el proceso de comercialización todos los productos.

Estos límites se soportan en posibles comportamientos que atenten contra un determinado sector económico que se encuentra deprimido por factores específicos, como por ejemplo la competencia internacional. O en casos o razones de servicio público, lo que permite reglamentar determinadas actividades, exigir autorizaciones o condicionarlas al cumplimiento de requisitos mínimos. En muy pocos casos se llega al extremo de prohibir una actividad totalmente o en ciertos lugares.

<sup>1</sup> Reflexiones sobre la Constitución Económica Colombiana, Biblioteca Millennium, Pág. 102. Bogotá, 1996.

<sup>2</sup> Sent. T-425 de 1992.

Y por último lo atinente a monopolios, que de conformidad con el artículo 336 de la Constitución Política no son legales, pero que se permiten excepcionalmente como arbitrio rentístico cuando tienen una finalidad de interés público o social.

La libre competencia igualmente conlleva límites. Este principio implica que los particulares puedan ejercer su actividad industrial o comercial dentro de un sistema competitivo sin que sean impedidos u obstaculizados, en general, por reglamentaciones o prohibiciones del Estado. En el inciso 2° del artículo 333 de la Constitución Política se enuncia de la siguiente manera: La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

Cuando varias personas compiten en una misma actividad, tienen derecho a hacerlo sin obstáculos por parte del Estado. La libre competencia, en realidad, es un aspecto de la libre empresa, pero sin considerar la actividad de los particulares en sí misma, sino en su relación con otros, se trate bien de particulares o bien del Estado mismo. La Constitución contiene ciertas limitaciones a la libre competencia: por ejemplo, en materia de precios, con fundamento en el artículo 334 es posible intervenir para regular ciertos productos.

Otra limitación del derecho a la competencia tiene su consagración constitucional en el artículo 333 (inc. 4°) de la Constitución Política: El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

Bajo el desarrollo de este principio se pueden dar dos situaciones que conducirían a un control estatal; a saber,

i) Los acuerdos entre firmas distintas, o la adquisición por una firma de una situación tal sobre el mercado, que prácticamente excluya la competencia. En este caso se habla en otras legislaciones de acuerdos anticompetenciales.

ii) La prohibición de monopolios (artículo 336 de la Constitución Política) según la terminología americana, o de abuso de posición dominante, que es la terminología utilizada por el régimen jurídico de la Comunidad Europea.

### **COMPETENCIA Y REGULACION**

El artículo 365 de la Carta Política hace alusión expresa a la función reguladora del Estado respecto de los servicios públicos, haciendo precisión sobre el alcance de la misma en el artículo 14.18 de la Ley 142 de 1993 que define la regulación de los servicios públicos domiciliarios como “la facultad de dictar normas de carácter general o particular en los términos de la Constitución y de esta ley, para someter la conducta de las personas que prestan los servicios públicos domiciliarios a las reglas, normas, principios y deberes establecidos por la ley y los reglamentos”.

De esta manera se tiene que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, y que ellos han dejado de ser un monopolio estatal. Esta última declaración ha de tenerse como una lógica respuesta a la complejidad de las necesidades de la vida moderna, que ha traído consigo los acelerados avances científicos y tecnológicos, a lo que se une el fenómeno de la masificación, eventos que indiscutiblemente, sin que se pueda perder de vista el carácter intervencionista del Estado en la economía y la dirección que respecto de ella le corresponde (art. 334 C. P.), han replanteado las modalidades de acción e injerencia oficial para lograr los fines del Estado (que tiene por objetivo primordial preservar la dignidad y los derechos de la persona humana) y, por contera, los conceptos de calidad de vida, bienestar social y servicio público.

La regulación debe restringirse al desarrollo, con arreglo a la ley, los reglamentos y las políticas gubernamentales, de las actividades de intervención y dirección técnica, en materias que, por involucrar intereses superiores, no se pueden abandonar al libre juego del mercado.

De suerte que, en economías en las que aquél presenta más imperfecciones, se hace necesaria una mayor regulación; esta se reconoce como indispensable, pero no como una modalidad de imposición al usuario, ni para hacer más gravosas y difíciles sus condiciones ante quienes prestan los servicios públicos –sea el propio Estado o los particulares–, sino, al contrario, para promover las condiciones que faciliten la efectividad de sus derechos y garantías, la fijación de controles tarifarios y de calidad de los servicios, las reglas mínimas que deben observar los prestadores de los mismos y la introducción del equilibrio y la armonía en las actividades que, en competencia, adelantan las empresas, las que necesitan de una permanente función interventora del Estado.

Bajo este entendido constitucional y legal se han expedido varias normas que estructuran el marco de la competencia de la Comisión y el establecimiento de normas de protección al usuario, que es a nuestro entender el aspecto esencial que impulsa esta iniciativa legislativa. En 1994 se expidió la Ley 142 que autorizó a la comisión regular de acuerdo a la ley los criterios generales sobre la protección de los derechos de los usuarios en lo relativo a facturación, comercialización y demás asuntos relacionados de la empresa con el usuario. Posteriormente se expidió el Decreto 1130 de 1999 que facultó a la comisión para expedir toda la regulación de carácter general y particular en materia relacionadas con el régimen de protección al usuario en los servicios de telecomunicaciones. Con la Ley 555 de 2000 se delega en la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones la función de fijar el régimen de derechos y obligaciones de los usuarios de los servicios de comunicación personal, PCS, y la facultad para establecer el reglamento de protección de los servicios móviles. Y la más reciente normatividad expedida por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones estableció el Nuevo Régimen de Protección de los Usuarios de Telecomunicaciones, basada en las diferentes normas jurídicas de rango constitucional y legal que le facultan para dicho procedimiento. Allí se encuentran establecidas todas las normas relativas a la protección del usuario incluyendo además el tema del uso y condiciones de las tarjetas prepago y planes tarifarios.

Los estudios sectoriales adelantados por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones han señalado que en lo referente a la tarificación, el aspecto más destacable sigue siendo la introducción de nuevos esquemas de planes con minutos incluidos, los cuales ha permitido dinamizar este servicio al permitir que los usuarios, de acuerdo con sus hábitos de consumo accedan al plan más adecuado a su necesidad. En la misma línea, es de resaltarse que diferentes operadores ofrecen hoy paquetes con tiempo ilimitado, favoreciendo de esta manera a aquellos usuarios que requieren altos niveles de consumo. Posteriormente expresó que la variedad de estrategias, entre las cuales se cuentan las mayores opciones tarifarias, descuentos por franjas horarias o destinos inscritos y ofertas empaquetadas, que permiten a los usuarios más facilidades de comunicación.

Así las cosas tenemos que lo relacionado a la modalidad de prepago y lo concerniente a la transferencia de saldos de las tarjetas prepago está ampliamente regulada por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones. Y en cuanto a la inclusión de los planes pospago simplemente se estaría desestimando a los operadores para ofrecer un sinnúmero de alternativas de consumo que actualmente se brindan en el mercado y que están dentro de los límites de la regulación que rige este servicio.

Estando el servicio ampliamente regulado en cuanto a la protección del usuario y dado que allí igualmente podría generarse todas las acciones tendientes a la defensa de los intereses generales que pudieran afectarse; así como también, entender que la aplicación del principio de libre competencia implica el respeto por todas aquellas estrategias comerciales que buscan incentivar el consumo a través de ofertas que benefician en bajos costos a los usuarios.

Es determinante desde la óptica de la Ciencia Jurídica actual, como lo refieren tratadistas y docentes del Derecho, en materia Constitucional y en Teoría del Estado, que pretender codificar o volver normativo todos los asuntos que han menester estas materias, haría inflexibles los negocios jurídicos actuales o irían a la saga de los veloces avances de la ciencia y de la tecnología, quedando inaplicables y caducas rápidamente las normatividades y sobre todo en materia de telecomunicaciones, de ahí que sea nuestro criterio que deben trasladarse funciones a entes que tengan mayor flexibilidad en esta materia y que puedan regular permanentemente al respecto, correspondiéndole al Congreso de la República expedir leyes marcos que no interfieran en los rápidos negocios enmarcados en la ley de la oferta y la demanda, donde el usuario, pese a someterse a contratos por adhesión tiene la libre voluntad de escoger el plan que más se acerque a sus posibilidades económicas, y las empresas de igual forma de acuerdo a la demanda expidan planes más atractivos y de menor coste para los usuarios y acordes a la competencia.

Cada día las condiciones del mercado imponen nuevas reglas para el uso de la telefonía celular, en esta misma proporción deberán existir controles efectivos, con el fin de evitar el abuso a la posición de los usuarios.

### Proposición

Con fundamento en las consideraciones anteriores, respetuosamente nos permitimos rendir **Ponencia Negativa, ponencia para primer debate al Proyecto de ley número 293 de 2008 Senado y 138 de 2007 Cámara, por la cual se establece la acumulación de minutos o segundos no consumidos en telefonía fija, planes postpago y tarjetas prepago a favor de los usuarios y se dictan otras disposiciones, y en consecuencia proponemos su Archivo.**

Juan Manuel Corzo Román, Plinio E. Olano Becerra, Coordinadores; Carlos R. Ferro Solanilla, Néstor I. Moreno Rojas, Carlos J. González Villa, Oscar J. Suárez Mira, Edgar Espíndola Niño, Ponentes.

\* \* \*

### PONENCIA PARA PRIMER DEBATE AL PROYECTO DE LEY NUMERO 04 DE 2008 SENADO

*por la cual se modifica el parágrafo 1° del artículo 21 de la Ley 141 de 1994.*

Bogotá, D. C., octubre 14 de 2008

Señores

MESA DIRECTIVA COMISION QUINTA CONSTITUCIONAL

Senado de la República

Atención. Doctor JULIO ALBERTO MANZUR ABDALA

Presidente.

**Asunto:** Informe de ponencia Proyecto de ley número 04 de 2008 Senado.

Señores Dignatarios:

Atendiendo su designación rendimos **ponencia para primer debate reglamentario al Proyecto de ley número 04 de 2008 Senado, por la cual se modifica el parágrafo 1° del artículo 21 de la Ley 141 de 1994**, del cual es autor el señor Ministro de Minas y Energía, doctor Hernán Martínez Torres.

### SOBRE EL PROYECTO DE LEY 04 DE 2008 SENADO:

No es la primera vez que se presentan a consideración del Congreso de la República iniciativas que pretenden favorecer grandes empresas o compañías privadas y en este caso particular, beneficiar a inversionistas con los cuales se han suscrito contratos de exploración y explotación de recursos no renovables, para exonerarlas del pago de regalías y de manera indirecta del pago de impuestos. Esta

política de favorecer grandes empresas en detrimento de los recursos que reciben las entidades territoriales para la inversión en obras de beneficio común, no podemos compartirla:

En primer lugar porque los contratos no deben modificarse continuamente expidiendo leyes para el beneficio exclusivo de compañías que tienen toda la capacidad económica para asumir los costos que supone la implementación de nuevas tecnologías como la explotación integrada de campos mediante inyección de gas proveniente de otros yacimientos.

En segundo lugar porque el costo en que incurren las compañías dedicadas a la explotación del gas, será ampliamente compensado por el incremento de ganancias al obtener mayores volúmenes para la comercialización y por último, porque las leyes no deben utilizarse como mecanismos ad hoc cada vez que los inversionistas soliciten la intervención del Estado para su exclusivo beneficio, con miras a ahorrar recursos que deberían estar calculados previamente en sus planes de inversión.

La exposición de motivos del señor Ministro de Minas doctor Hernán Martínez Torres pretende hacernos pensar que de no aprobarse tal iniciativa, la exoneración de regalías respecto del gas que se reinyecte o se utilice para la operación del campo, estaría prácticamente obstaculizando la inversión y en consecuencia impidiendo que se generen mayores ingresos por regalías a la nación. Tal razonamiento es una falacia, por cuanto si la inversión no fuera rentable, el contrato no se habría perfeccionado, mucho menos si se tiene en cuenta que la experiencia y los refinados métodos que tienen las compañías inversionistas de este sector de la economía, hacen que nunca asuman explotaciones sobre las que no tengan la mayor seguridad de obtener importantes ganancias.

Consideramos que la política más conveniente para los intereses de la nación es que los contratos no se modifiquen continuamente mediante leyes que desvirtúan la naturaleza y el objeto de los contratos de exploración y explotación, convirtiendo al Congreso de la República en agente oficioso de los intereses de multinacionales de hidrocarburos.

### Conclusión:

Las razones expuestas ofrecen en mi opinión base suficiente para rendir Ponencia Negativa y solicitar a la honorable Comisión Quinta Constitucional del Senado de la República se archive el **Proyecto de ley número 04 de 2008 Senado**, por la cual se modifica el parágrafo 1° del artículo 21 de la Ley 141 de 1994.

De los honorables Senadores,

Atentamente,

*Ernesto Ramiro Estacio,*

Senador de la República.

### PONENCIA PARA PRIMER DEBATE AL PROYECTO DE LEY NUMERO 04 DE 2008

*por la cual se modifica el parágrafo 1° del artículo 21 de la Ley 141 de 1994.*

Atendiendo la designación hecha por la mesa directiva de la Comisión Quinta del Senado de la República, rindo **ponencia para primer debate al Proyecto de ley número 04 de 2008, por la cual se modifica el parágrafo 1° del artículo 21 de la Ley 141 de 1994**, con la presentación de los siguientes argumentos:

1. El proyecto de ley es de iniciativa del señor ministro de Minas y Energía, doctor Hernán Martínez Torres. Con proyecto de ley el gobierno plantea modificar el parágrafo 1° del artículo 21 de la Ley 141 de 1994, para ampliar el espectro de excepción del pago de la regalía del gas. El parágrafo 1° del artículo 21 de la Ley 141 de 1994 vigente, establece que el gas para “efectos de liquidar la regalía por explotación de gas no se tendrá en cuenta el que se reinyecte a los

yacimientos, ni el del gas que se utilice para la operación del campo”. Y con lo propuesto por el señor ministro de Minas y Energía, tal excepción se ampliaría al exceptuar, además de lo contemplado hoy, a aquel gas “que use para la operación del campo, ni el que en desarrollo de proyectos de explotación integrada de campos de producción debidamente aprobados por el Ministerio de Minas y Energía o quien tenga a cargo las labores de fiscalización, se utilice para la inyección de gas entre campos, con el fin de optimizar la explotación del recurso”.

Dice el señor ministro de Minas y Energía, que el objetivo del gobierno en materia de política petrolera es hacer “más atractiva la inversión en el sector de los hidrocarburos,” lo que está “en línea con la promoción a la inversión, que es la piedra angular de la política económica del Estado”.

Señala también el señor ministro que en “las bases del Plan Nacional de Desarrollo (PND) 2006 - 2010, se estableció que el Ministerio de Minas y Energía promoverá el desarrollo de proyectos de explotación integrada de campos de producción de gas, para lo cual deberá estudiar ajustes en las regalías aplicables a este tipo de proyectos, en especial en lo relacionado con la inyección de gas entre campos para optimizar la explotación del recurso. Medida que “busca la producción de volúmenes de reservas de hidrocarburos no desarrolladas existentes, con el fin de monetizarlas y pasarlas de la categoría de no probadas a probadas desarrolladas, maximizando el beneficio para el país y los municipios productores al darse un aumento en el recobro final de crudo y obtener un manejo óptimo del recurso”. En tal sentido, el Proyecto de ley número 04 de 2008 se enmarca dentro de la política petrolera aplicada por el Gobierno desde 2002, cuando llegó al poder, la cual en distintos debates en la Comisión Quinta del Senado de la República, hemos considerado improcedente.

2. Según el artículo 332 de la Constitución Política, el Estado es el “propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes”. Y cuando se trata de entregar derechos de explotación de recursos naturales no renovables del subsuelo, el Estado recibe una contraprestación económica conocida como regalía.

Hagamos unos comentarios que permitan comprender por qué el Estado debe captar la mayor parte posible de la renta que genera la extracción de recursos naturales no renovables. Los análisis de la economía convencional cimentan el problema de la formación de los precios de las mercancías y por tanto de la generación de los ingresos derivados de la explotación de hidrocarburos, en los denominados ‘fundamentales’ de la economía: la oferta y la demanda. Empero, los precios de un hidrocarburo no se explican exclusivamente en cuánto se ofrece y se demanda de este en el mercado.

Carlos Guillermo Álvarez<sup>1</sup> resume que la formación del precio está determinada por:

1. “El tiempo o costo de producción. Esta condición es sin duda histórica y variable; el desarrollo tecnológico base del proceso técnico de producción está mediatizado por el desarrollo de la acumulación, la disponibilidad de recursos está condicionada a una cierta disposición natural de ellos y a una capacidad tecnológica histórica. Es la determinación principal.

2. Por un cierto desarrollo de la acumulación social e histórica de capital y una consiguiente distribución del ingreso entre los agentes participantes del proceso productivo. En otras palabras, según la estructura social de producción. Este elemento es absolutamente histórico. Aquí estaríamos viendo en acción la composición y elasticidad de la demanda.

3. Por una determinada fortaleza (o debilidad) de la relación de propiedad que permite, ante determinada situación de la acumula-

<sup>1</sup> Álvarez, Carlos Guillermo, *Economía y Política Petrolera*, Unión Sindical Obrera e Indepaz, pp. 33, octubre de 2000.

ción y de organización social, reclamar una cierta parte del excedente social. Aquí estaríamos entendiendo la fuerza de la oferta y su capacidad de exigir una renta absoluta”.

Entra a escena la renta del suelo, hecho que Álvarez explica con simplicidad, pero sin mencionar el término. La renta, teóricamente, se divide entre la diferencial y la absoluta. La renta diferencial es aquella lograda por los productores con costos inferiores al productor más caro, que es quien está en las peores condiciones económicas y técnicas. Una forma de ilustrarlo, es analizar las condiciones económicas y técnicas a aplicar en un yacimiento dependiendo de su tamaño y de la calidad de los hidrocarburos allí depositados. En la minería, por ejemplo, tenemos a los yacimientos que se explotan a cielo abierto, sustancialmente distintos de los que extraen a través de socavón. En unos los costes de producción, por el nivel tecnológico, el tamaño del capital invertido y la tasa de extracción, son menores que en los otros. Quien produce en las condiciones más desventajosas, al igual que el productor menos costoso, debe lograr una renta mínima, a la cual se le da el nombre de absoluta.

El Estado, como propietario de los recursos naturales, obtiene un renta absoluta en nombre de la sociedad, en vista que, como lo explica Hollteing en un clásico artículo sobre la renta en las actividades donde se explotan recursos naturales no renovables, es imperativo participar en la mayor medida posible en una renta que solo florece una sola vez. Pero el Estado debe obtener un ingreso de un bien de su propiedad, del que él entrega a un tercero un derecho jurídico y económico sobre su explotación.

La finitud de los recursos naturales no renovables hace necesaria la apropiación privada de los ingresos que de su explotación se deriva. De allí nace una competencia feroz por su renta, pero desde que el Estado empezó la conformación de empresas petroleras, la Nación como dueña del recurso, inició una participación ascendente. En algunos países esta participación (técnicamente conocida como *State Take*) llega al 100 por ciento, en un extremo, y en el otro están quienes solo perciben una regalía más los impuestos que cobra (los tributos directos y los indirectos). Colombia tiene un régimen fiscal que está entre los dos extremos expuestos.

Al régimen fiscal vigente no se llegó por inercia. Recordar la larga lucha política y jurídica dada en el país por definir quién es el dueño de los recursos del subsuelo evidencia lo arduo del camino que se recorrió, con muchos altibajos, hasta finales de la década del sesenta. Hasta finales del siglo XIX, en general, y más exactamente hasta la ley fiscal de 1885, en el país se impuso la tesis de que todos los bienes por encima y por debajo del suelo eran de quien ejercía su posesión legal o consuetudinaria. Con las concesiones Barco y la De Mares empezó una lucha sofocante por la propiedad del subsuelo. Con el Decreto 1255bis de 1919, el cual con un polémico fallo tumbó ese año la Corte Suprema de Justicia, la Nación hizo el primer intento por darse a sí la propiedad sobre los recursos naturales y por fiscalizar la operación de las compañías petroleras extranjeras. Después vinieron otros intentos, pero sólo hasta que nació Ecopetrol como empresa estatal, producto de las luchas de sus trabajadores en Barrancabermeja, y con la Ley 20 de 1969, se estableció que la Nación es la dueña de los recursos del subsuelo, excepto para aquellos que acrediten propiedad del suelo con títulos emanados por la colonia con anterioridad a 1885. Ahora, la Ley 20 no ha zanjado la discusión. Por ejemplo, en la entrega de los contratos que permitieron la explotación de Cusiana hubo una encarnada polémica sobre la propiedad del subsuelo, donde en parte se definió propiedad privada sobre este.

Desde que el neoliberalismo arribó a tierras colombianas, todos los gobiernos empezando por el doctor Virgilio Barco, continuando con el del doctor César Gaviria, el del doctor Ernesto Samper, el del doctor Andrés Pastrana, y con los dos que hasta ahora acumula el doctor Álvaro Uribe, han validado paulatinamente las tesis que



permitieron nacer a las tristemente celebres concesiones de Mares y Barco. Con el Decreto 1760 de 2003 se retornó al contrato de concesión, disminuyendo en más de 30 puntos el *state take*. En el caso concreto de las explotaciones de gas, entre 1990 y 2003, el *state take* se redujo en 40 por ciento, al pasar, en el contrato denominado Tipo A, de 78,44 por ciento, a 47,22 por ciento en el nuevo contrato. La tasa interna de retorno promedio para el inversionista pasó de 27,15 por ciento a 37,79 por ciento (ver cuadro No. 1). Es evidente que las modificaciones fiscales de la contratación petrolera en Colombia han aumentado la participación de los inversionistas privados en el negocio en contra de la del Estado y además, han hecho crecer la rentabilidad de los privados.

CUADRO N° 1

### Evolución de las condiciones fiscales del contrato para la explotación del Gas en Colombia

Indicador	Tipo A	Tipo B	Tipo C1	Tipo C2	Tipo D	Nuevo
State take	78,44%	79,91%	81,04%	80,40%	64,30%	47,22%
Government take	56,76%	56,90%	57,06%	56,94%	46,46%	46,53%
TIR	27,15%	26,07%	25,20%	26,36%	36,16%	37,79%
VPN/b @ 15% (US\$)	0,031	0,028	0,026	0,028	0,075	0,11
MRS @ 15% (US\$)	5,79	4,57	3,93	4,57	8,84	14,18
VME @ 15% (US\$)	2,65	2,65	2,77	2,77	8,25	10,78

Fuente: Barrios (2000) y cálculos del autor.  
Fuente: Universidad Nacional,

La 752 de 2002, mediante la cual se modificó la Ley 141 de 1994, cambió la fórmula con la cual se calcula la regalía que debe pagar quien obtiene un contrato para la explotación de hidrocarburos. Con tal modificación se pasó de una regalía única del 20 por ciento a una escalonada que va desde 8 a 25 por ciento, dependiendo del tamaño del pozo. Como todos los pozos que se explotan en la actualidad en Colombia son inferiores a los 600 mil y 400 mil barriles diarios de hidrocarburos, para los nuevos yacimientos la regalía se redujo del 20 por ciento a un porcentaje que oscila entre el 12 y el 8 por ciento, dependiendo del tamaño del pozo. La anterior fue una gabela más dada por el gobierno a los inversionistas privados.

Con el Proyecto de ley número 04 de 2008 Senado, el Ministerio de Minas y Energía exonera aún más del pago de la regalía al gas que se emplee para aumentar los factores de recobro de un pozo o que se

destine, en el proceso de integración de operación de campos, a ser inyectado a otros pozos para extraer hidrocarburos. Tal exoneración regala el gas de la Nación a las compañías que lo emplean dentro de un mismo campo o un mismo pozo, evitándole a los privados tener que incurrir en algo que es un costo más de producción.

La nueva propuesta del gobierno, ratifica la frase del señor presidente de la República, para quien con las modificaciones al régimen fiscal en materia de hidrocarburos “Nos pusimos a tono en esta materia (la de la política minera y petrolera) con las exigencias mundiales”<sup>2</sup>. Es decir, la legislación nacional ha recogido las exigencias en su momento hechas por el capital extranjero.

Oponerse al aumento de los factores recobro de yacimientos en operación o a la integración de campos para mejorar los factores de recobro y las economías de escala es improcedente, pero con el argumento de mejorar tales factores no se puede decir que para ello es necesario exonerar del pago de la regalía a parte del gas empleado en los procesos de extracción de hidrocarburos en los pozos. Tal medida es contraria al interés nacional pues se está entregando gratis parte de un recurso que es propiedad de la Nación, del pueblo colombiano, como la misma Constitución Política lo indica en su artículo 332. El artículo 21 de la Ley 141 de 1994 vigente exonera del pago de la regalía al gas “que se reinyecte a los yacimientos, ni el del gas que se utilice para la operación del campo”, texto con ... estoy en desacuerdo, y por ello, por lo expuesto aquí, manifiesto también mi desacuerdo con la ampliación de tal exoneración.

### 3. Proposición Final:

En vista de lo expuesto, doy **ponencia negativa al Proyecto de ley número 04 de 2008 Senado**, por la cual se modifica el parágrafo 1° del artículo 21 de la Ley 141 de 1994, y solicito a la Comisión Quinta del Senado archivarlo.

Atentamente,

Jorge Enrique Robledo Castillo,

Senador Ponente.

<sup>2</sup> Cartagena, 5 de julio de 2006, tercer congreso internacional de minería, petróleo y gas. [http://www.ecopetrol.com.co/documentos/38164\\_Palabras\\_presidente\\_Uribemineria.pdf](http://www.ecopetrol.com.co/documentos/38164_Palabras_presidente_Uribemineria.pdf)

## OBJECIONES PRESIDENCIALES

### OBJECION PRESIDENCIAL AL PROYECTO DE LEY NUMERO 092 DE 2006 SENADO, 238 DE 2008 CAMARA

por la cual se establece el procedimiento sancionatorio ambiental y se dictan otras disposiciones.

Bogotá, D. C., 14 de octubre de 2008

Doctor

HERNAN FRANCISCO ANDRADE SERRANO

Presidente del honorable Senado de la República

Congreso de la República

**Referencia:** Informe de objeciones presidenciales al Proyecto de ley número 092 de 2006 Senado, 238 de 2008 Cámara.

Honorables Senadores de la República:

He sido designado por la Mesa Directiva del Senado para rendir informe sobre las objeciones presidenciales al **Proyecto de ley número 092 de 2006 Senado, 238 de 2008 Cámara**, por la cual se establece el procedimiento sancionatorio ambiental y se dictan otras disposiciones.

Para dar cumplimiento a esa honrosa designación, me permito rendir el respectivo informe.

### 1. TEMPORALIDAD DE LAS OBJECIONES

Los términos para formular las objeciones presidenciales se encuentran previstos en la propia Constitución Política. Precisamente, el artículo 166 del Texto Superior señala que: “El Gobierno dispone del término de seis días para devolver con objeciones cualquier proyecto cuando no conste de más de veinte artículos; de diez días, cuando el proyecto contenga de veintuno a cincuenta artículos; y hasta de veinte días cuando los artículos sean más de cincuenta”. De acuerdo con la Corte Constitucional dichos términos se contabilizan de manera **hábil** y **completa**, “de forma que el conteo deberá realizarse a partir del día siguiente a aquel en que el proyecto fue recibido para la correspondiente sanción presidencial”<sup>1</sup>. Si las Cámaras entran en receso, el Presidente de la República en los mismos términos previamente reseñados, deberá publicar el escrito de objeciones en el Diario Oficial. Así se establece en el artículo 166 del Texto Superior y en el artículo 197 de la Ley 5ª de 1992.

En el asunto bajo examen, el proyecto de ley objetado cuenta con más de cincuenta (50) artículos, por lo que el Presidente de la República tenía veinte (20) días hábiles para devolver al Congreso dicha

<sup>1</sup> Sentencia C-433 de 2004. M. P. Jaime Córdoba Triviño.

iniciativa, esgrimiendo las razones por las cuales se abstenia de sancionar la ley, ya sea por motivos de inconveniencia o por argumentos de inconstitucionalidad.

Al examinar la documentación correspondiente, se encuentra que el proyecto de ley se entregó en el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República el día 16 de julio de 2008, por lo que teniendo en cuenta el calendario y los días hábiles, el vencimiento para la devolución de la iniciativa legal con las objeciones planteadas vencía el 14 de agosto de este año.

En esta medida, el Gobierno Nacional cumplió a cabalidad con esta obligación, pues precisamente las citadas objeciones fueron radicadas en la Secretaría General del Senado de la República el pasado 14 de agosto de 2008, a las 6:00 p. m., tal y como consta con el sello de recibido puesto por la dependencia de la referencia.

Así las cosas, se procederá a examinar el contenido de fondo de las objeciones planteadas.

## 2. OBJECIONES POR INCONSTITUCIONALIDAD

Las normas objetadas disponen que: “**Artículo 1º. (...) Parágrafo.** En materia ambiental, se presume la culpa o el dolo del infractor; lo cual dará lugar a las medidas preventivas. El infractor será sancionado definitivamente si no desvirtúa la presunción de culpa o dolo para lo cual tendrá la carga de la prueba y podrá utilizar todos los medios probatorios legales”. “**Artículo 5º. (...) Parágrafo 1º.** En las infracciones ambientales se presume la culpa o dolo del infractor; quien tendrá a su cargo desvirtuarla”.

Del escrito presentado por el Gobierno Nacional, se deduce que la objeción a las disposiciones en cita, se concreta en el supuesto desconocimiento del derecho fundamental al debido proceso, al haberse consagrado una presunción de culpabilidad en materia sancionatoria ambiental.

Ajuicio del Gobierno Nacional, las normas antes citadas desconocen, entre otros, el artículo 29 de la Constitución Política<sup>2</sup>, el artículo 14-2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>3</sup> y el artículo 8-2 de la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>4</sup>, todos referidos al debido proceso y a la garantía de la presunción de inocencia, los cuales se estiman vulnerados con la presunción de culpabilidad consagrada en materia sancionatoria ambiental.

Para el Gobierno Nacional, con posterioridad a la cita textual de varios apartes de la Sentencia C-626 de 1996, es innegable que: “*toda disposición que establezca presunción de culpa o dolo para la imposición de una sanción, sea esta de carácter penal o administrativo, y deje en cabeza del presunto infractor la totalidad de la carga de la prueba, hacen nugatorio el núcleo esencial derecho al debido proceso*”, y por ello, las disposiciones acusadas, resultan contrarias los mandatos normativos de raigambre Superior, previamente citados.

Para el Senado de la República, estas objeciones no son conducentes y, por lo mismo, no están llamadas a prosperar, por las siguientes razones:

### 2.1. Examen acerca de la competencia de la autoridad constitucionalmente habilitada para formular objeciones presidenciales

**2.1.1.** Para el Congreso de la República llama inicialmente la atención que las objeciones al proyecto de ley de la referencia fueran propuestas por el señor Ministro de Minas y Energía, doctor Hernán Martínez Torres.

<sup>2</sup> Dispone la norma en cita: “*Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado jurídicamente culpable (...)*”.

<sup>3</sup> Señala la citada disposición: “*Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley (...)*”.

<sup>4</sup> Dispone la cita norma: “*Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad (...)*”.

De acuerdo con el artículo 166 de la Constitución Política, la autoridad constitucionalmente habilitada para formular objeciones es el Gobierno Nacional, el cual conforme al artículo 115 del Texto Superior, está formado por “*el Presidente de la República, los ministros de despacho y los directores de departamentos administrativos*”. De suerte que, continúa la norma, “*el Presidente y el ministro o director de departamento correspondientes, en cada negocio particular, constituyen el gobierno*”<sup>5</sup>.

Esta misma definición ha sido puesta de presente por la honorable Corte Constitucional, entre otras, en las Sentencias C-736 de 2007<sup>6</sup> y C-919 de 2007<sup>7</sup>.

Textualmente, en la primera de las mencionadas providencias, la máxima autoridad de la justicia constitucional, señaló que: “*Del artículo 114 puede inferirse que el Gobierno es la cabeza de la Rama Ejecutiva y está conformado de manera general por el Presidente de la República, los ministros del despacho y los directores de departamentos administrativos; no obstante, para “cada negocio particular”, el Presidente y el Ministro o Director de Departamento correspondientes constituyen el Gobierno. De esta manera, puede afirmarse que el Gobierno forma parte de la Rama Ejecutiva, como su cabeza, pero que no toda la Rama Ejecutiva conforma el Gobierno*”.

En desarrollo de este mandato, en el caso concreto de las objeciones presidenciales por inconstitucionalidad, la honorable Corte Constitucional ha verificado la competencia de los funcionarios públicos que invocan esta categoría especial de objeciones.

Precisamente, a manera de antecedente, en Sentencia C-482 de 2002<sup>8</sup>, la citada Corporación Judicial al examinar los aspectos procesales que envuelven su trámite<sup>9</sup>, concluyó que el Ministro de Justicia y del Derecho se encontraba habilitado para proponer **Objeciones frente al Proyecto de ley número 87 de 2001 Senado, 148 de 2001 Cámara, por la cual se reglamenta el ejercicio de la profesión de Bacteriología, se dicta el Código de Bioética y otras disposiciones**, **en su condición de Ministro Delegatorio del Presidente de la República**.

Para la Corte, en la providencia en cita, las objeciones son un **acto de gobierno** que requiere tanto la firma del Presidente de la República (o de su Ministro Delegatorio) como del resto de funcionarios a los que hace referencia expresa el mencionado artículo 115 del Texto Superior. Por su importancia, se transcribe en lo pertinente, la sentencia referida:

### “3. Facultades del Ministro Delegatorio para presentar objeciones por inconstitucionalidad.

Se observa que las objeciones fueron presentadas por el Ministro de Justicia y del Derecho, Delegatorio de funciones presidenciales, conforme al Decreto 2610 de diciembre 4 de 2001. Surge entonces el interrogante de si un Ministro Delegatorio puede objetar un proyecto de ley por razones de constitucionalidad. De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, según el artículo 196 de la Constitución, el Presidente de la República puede delegar en el Ministro Delegatorio “*bajo la responsabilidad de este, “funciones constitucionales” de las que en razón de su investidura le corresponden, tanto aquellas que le son propias como las que ejerce en su calidad de Jefe del Gobierno*”<sup>10</sup>. Obviamente, deben ser satisfechos algunos requisitos para que esta delegación tenga lugar: “*ha de darse la situación de un traslado del Presidente a territorio extranjero; ese traslado debe tener lugar en ejercicio de su cargo; debe configurarse la designación expresa*”.

<sup>5</sup> Subrayado por fuera del texto original.

<sup>6</sup> M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

<sup>7</sup> M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

<sup>8</sup> M. P. Alvaro Tafur Galvis.

<sup>9</sup> Sobre la materia se puede consultar la Sentencia C-1040 de 2007. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

<sup>10</sup> Ver la Sentencia C-164 de 2000.

de uno de los ministros, en el orden de precedencia legal; y, en el mismo acto, debe indicar el Jefe del Estado, de manera taxativa, cuáles de sus funciones delega en su ministro en esa ocasión". Estos requisitos deben ser satisfechos en su totalidad, pues si alguno de ellos faltare "el acto de delegación carece de efectos y, en consecuencia, los actos concretos que el ministro delegatario haya cumplido —que en esa hipótesis habría efectuado sin autorización y, por tanto, sin competencia—" serían inconstitucionales.

De acuerdo con ello, **la posibilidad de objetar un proyecto de ley por razones de inconstitucionalidad es una de las potestades que la Constitución otorga al Gobierno y por tanto, el Presidente, puede delegarla si cumple con el lleno de los requisitos.**

En este caso, con el Decreto 2610 de 2001 el Presidente de la República delegó algunas funciones al Ministro de Justicia y del Derecho debido a su viaje a la III Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de la Asociación de Estados del Caribe, en Venezuela. Así, en el artículo 1° numeral 3 del decreto precitado, estableció dentro de las funciones constitucionales que podía ejercer el Ministro, las correspondientes a los asuntos de que trata el artículo 166 de la Constitución, referente a las objeciones del Gobierno a los proyectos de ley. Encuentra la Corte que en este caso se cumplieron todos los requisitos establecidos para llevar a cabo la delegación de funciones del Presidente en el Ministro Delegatario<sup>11</sup>.

Del citado precedente constitucional y de su lectura armónica conforme a los artículos 115 y 166 del Texto Superior, se concluye que, en principio, las objeciones presidenciales por inconstitucionalidad deben ser propuestas por el Gobierno Nacional, por lo que necesariamente su presentación exige la firma del señor Presidente de la República y de los Ministros que correspondan, según cada negocio en particular.

En el asunto bajo examen, las objeciones fueron radicadas exclusivamente con la firma del señor Ministro de Minas y Energía, doctor Hernán Martínez Torres; sin que las mismas hayan sido suscritas o avaladas por el señor Presidente de la República, doctor Álvaro Uribe Vélez, o por su Ministro Delegatorio de funciones presidenciales, en caso de que el jefe de Gobierno se haya trasladado al extranjero, tal y como se establece en el artículo 196 de la Constitución Política.

Así las cosas, para el Congreso de la República, es claro que estamos en presencia de unas objeciones por inconstitucionalidad planteadas por un funcionario incompetente, pues el Ministro de Minas y Energía carece de la atribución constitucional para actuar autónomamente como gobierno, sin la aquiescencia o el acompañamiento del Presidente de la República. Por esta razón, y por las que más adelante se señalarán, se considera que las objeciones planteadas no están llamadas a prosperar.

**2.1.2.** Ahora bien, en varias sentencias referidas a otros aspectos que regulan el trámite legislativo en el Congreso de la República, la Honorable Corte Constitucional ha edificado una jurisprudencia que matiza el concepto de "gobierno".

Así, por ejemplo, (i) cuando se ha referido a la iniciativa legislativa o (ii) al aval ante la falta de presentación de los proyectos que le corresponden privativamente al Gobierno Nacional; ha puesto de presente que por razones de coherencia constitucional, a partir de la lectura sistemática de los artículos 200-1 y 208 del Texto Superior, es posible que actuaciones que atañen exclusivamente al gobierno, y que, por ende, exijan en principio la presencia del Presidente de la República, se desarrollen exclusivamente por los Ministros, como voceros o agentes del ejecutivo frente a la Rama Legislativa del Poder Público.

En el caso de la iniciativa legislativa dicha tesis jurisprudencial no admite discusión, pues es la propia Carta Política la que expresamente asigna esta atribución a los ministros al disponer que: "*Corresponde al Gobierno, en relación con el Congreso: (...) Concurrir a la formación*

<sup>11</sup> Subrayado por fuera del texto original.

de las leyes, presentado proyectos por **intermedio de los ministros** (...) "<sup>12</sup>, o al señalar que: "*Los ministros, en relación con el Congreso, son voceros del Gobierno, **presentan a las cámaras proyectos de ley** (...) "*"<sup>13</sup>. Pero esta misma doctrina constitucional no resulta tan clara ni evidente, en otros aspectos concernientes al trámite legislativo que exigen la actuación del Gobierno Nacional, como ocurre, por ejemplo, con

i) La sanción presidencial, la cual según se expuso en sentencias C-172 de 2006<sup>14</sup>, C-276 de 2006<sup>15</sup> y C-802 de 2006<sup>16</sup>, requiere ineludiblemente la firma del señor Presidente de República; o, en el mismo sentido, con

ii) Las objeciones presidenciales por inconstitucionalidad, las cuales atendiendo al precedente consagrado en la citada sentencia C-482 de 2002 (previamente trascrita), también exigen la anuencia expresa del Presidente de la República, o en su lugar, si es del caso, de su Ministro Delegatario.

Sin embargo, en el caso en que la honorable Corte Constitucional decidiese cambiar su jurisprudencia y, por ende, concluir que la formulación de objeciones presidenciales puede realizarse a nombre del gobierno, única y exclusivamente por los ministros, como sus voceros habilitados por la Constitución (C. P. arts. 200-1 y 208); es necesario precisar, previamente, si cualquier ministro goza de dicha competencia o lo son, como se ha señalado en el caso de la iniciativa y del aval gubernamental, sólo y estrictamente, aquellos "*cuyas **funciones** tengan alguna relación temática o conexión con el proyecto de ley*"<sup>17</sup>.

Así las cosas, suponiendo que las objeciones pueden ser planteadas directamente por los Ministros, como voceros del Gobierno Nacional, habría que precisar si las funciones asignadas a la cartera ministerial de la autoridad que formula la objeción guardan relación temática o de conexidad con la materia objeto del proyecto de ley. En este sentido, se entiende que existe una *relación temática*, cuando las funciones del Ministro se ajustan al tema general objeto del Proyecto de ley. Por su parte, se presenta una *relación de conexidad*, en aquellos casos en los que es posible enlazar o concatenar las funciones asignadas con la regulación propuesta en la iniciativa legislativa.

Al examinar el **Proyecto de ley número 238 de 2008 Cámara, 092 de 2006 Senado**, se identifica claramente que el asunto objeto de regulación consiste en la actualización del régimen procesal en materia sancionatorio ambiental,

- i) Designando a las autoridades titulares de dicho poder punitivo,
- ii) Previendo un catálogo de infracciones ambientales,

<sup>12</sup> Artículo 200-1. Subrayado por fuera del texto original.

<sup>13</sup> Artículo 208. Subrayado por fuera del texto original. En este mismo sentido, en sentencia C-498 de 1998, la Corte manifestó que: "*según el artículo 200 de la Carta Política, "corresponde al Gobierno, en relación con el Congreso: 1. Concurrir a la formación de las leyes, presentando proyectos por intermedio de los ministros..." // Y agrega por su parte el artículo 208 del mismo estatuto, que "los ministros, en relación con el Congreso, son voceros del Gobierno, presentan a las cámaras proyectos de ley..." // En consecuencia, de conformidad con las normas constitucionales transcritas, y siguiendo la jurisprudencia de la Corporación, corresponde a los ministros desarrollar la función de gobierno consistente en concurrir a la formación de las leyes mediante la presentación ante el Congreso de proyectos de ley en asuntos que correspondan a sus respectivas competencias. Se trata, por lo tanto, de una responsabilidad típicamente ministerial que compromete la política general del Gobierno. // Cabe señalar, igualmente, que ni la Constitución ni la ley exigen que el Presidente, como suprema autoridad administrativa y jefe del gobierno, presente directamente al Congreso ni suscriba los proyectos de ley de iniciativa gubernamental, pues como lo disponen en forma expresa los artículos 200 y 208 de la Carta Política, el Gobierno, encabezado por el Presidente de la República, en relación con el Congreso, concurre a la formación de las leyes presentando proyectos "por intermedio de los ministros", quienes son sus voceros (...)"*.

<sup>14</sup> M. P. Jaime Córdoba Triviño.

<sup>15</sup> M. P. Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra.

<sup>16</sup> M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>17</sup> Sentencia C-177 de 2007. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

iii) Creando un trámite para la imposición de medidas preventivas,

iv) Señalando un régimen procesal de naturaleza sancionatorio,

v) Estipulando algunas directrices para el ejercicio de las funciones a cargo del Ministerio Público, y

vi) Previendo portales de información para el control de la normatividad ambiental. Por su parte, las funciones a cargo del Ministerio de Minas y Energía están consagradas en el artículo 3° del Decreto 70 de 2001, las cuales, básicamente se concretan en la fijación de la política nacional en materia de exploración, explotación, transporte, refinación, procesamiento, beneficio, transformación y distribución de minerales e hidrocarburos, así como en materia de generación, transmisión, interconexión y distribución de energía eléctrica.

Obsérvese cómo, en ninguna parte, se le asignan al Ministerio de Minas y Energía funciones o atribuciones propias de las autoridades ambientales, a través de las cuales pueda imponer medidas preventivas o sancionatorias a los infractores de la normatividad ambiental. No cabe duda que el Ministerio de Minas y Energía -como toda autoridad- debe respetar el derecho al medio ambiente, como derecho de raigambre constitucional, pero ello no lo autoriza para convertirse en una autoridad ambiental, con potestades preventivas y sancionatorias, en detrimento del principio de legalidad (C. P. art. 6°, 121 y 122).

Por consiguiente, a juicio del Congreso de la República, ni aún bajo la hipótesis de entender que los Ministros pueden por ellos mismos formular objeciones, le es dable al Ministro de Minas y Energía plantear cuestionamientos de naturaleza constitucional, para posponer la sanción de un proyecto de ley, cuando la materia objeto de la iniciativa legislativa no guarda relación temática ni de conexidad con las funciones a su cargo. No existe discusión en que las objeciones constituyen un importante instrumento para adelantar un control de constitucionalidad de naturaleza preventiva, pero ello no legitima para que cualquier funcionario del gobierno, sin importar las funciones a su cargo, controvierta la sujeción de un proyecto de ley con el Texto Superior. No se debe olvidar que las objeciones constituyen un control extraordinario y excepcional de constitucionalidad, el cual debe ajustarse a unos requisitos mínimos y rigurosos de procedencia, como lo es, por ejemplo, el examen de la autoridad que propone las objeciones y la temporalidad de las mismas, so pena de transformar la excepción en la regla, en menoscabo del derecho fundamental al ejercicio y control del poder político, previsto en el numeral 6 del artículo 40 de la Constitución Política. Lo anterior, por ejemplo, podría conducir al absurdo de habilitar a la Ministra de Cultura para formular objeciones de inconstitucionalidad frente a un proyecto de ley referente a la transformación de la naturaleza jurídica de Ecopetrol.

En este orden de ideas, para el Congreso de la República, es claro que estamos en presencia de unas objeciones por inconstitucionalidad planteadas por un funcionario incompetente, pues el Ministro de Minas y Energía no tiene atribución o función alguna que guarde relación temática o de conexidad con la materia objeto del proyecto de ley, la cual legitime bajo una concepción menos rigurosa el ejercicio del derecho a objetar las leyes por parte de los Ministros, como voceros del Gobierno Nacional. Por esta razón, y por las que más adelante se señalarán, se considera que las objeciones planteadas no están llamadas a prosperar.

## 2.2. Constitucionalidad de las normas objetadas

En cuanto al examen de fondo de las objeciones planteadas, es preciso señalar lo siguiente:

**2.2.1.** A juicio de la Corte Constitucional, las presunciones legales o *iuris tantum* no son otra cosa que hechos o situaciones que, en virtud de la ley, deben suponerse como ciertas siempre que se demuestren determinadas circunstancias previas o hechos antecedentes. De suerte que, cuando el legislador establece una presunción, en ejercicio de su

potestad de configuración normativa, se limita a reconocer la existencia de relaciones lógicamente posibles, comúnmente aceptadas y de usual ocurrencia, entre hechos o situaciones jurídicamente relevantes, con el fin de proteger bienes jurídicos particularmente valiosos. Las presunciones legales, por su propia naturaleza, admiten prueba en contrario. Así se reconoce expresamente en el artículo 176 del Código de Procedimiento Civil, al establecer que: “*las presunciones establecidas por la ley serán procedentes, siempre que los hechos en que se funden estén debidamente probados. El hecho se tendrá por cierto, pero admitirá prueba en contrario cuando la ley lo autorice*”.

En términos prácticos, es innegable que la consagración de una presunción legal libera a una de las partes de la carga de probar el hecho presumido. Sin embargo, ello no exceptúa al sujeto beneficiado con la presunción de la obligación de demostrar la ocurrencia del hecho antecedente o de aquél sobre el cual se apoya la existencia del hecho presumido. En este sentido, la presunción no tiene un propósito distinto al de invertir la carga de la prueba, en aquellos casos en que se pretenda la salvaguarda de bienes jurídicos particularmente importantes respecto de los cuales el acceso a la prueba se dificulte o para proteger a alguna de las partes de una relación que, por razones jurídicas o fácticas, se encuentra en situación de indefensión o debilidad manifiesta<sup>18</sup>.

**2.2.2.** La Corte Constitucional ha considerado que la consagración de normas que presuman la culpabilidad del inculcado **en materia penal** son contrarias a la garantía constitucional del debido proceso y, en especial, al derecho a la presunción de inocencia. En estos términos, es preciso traer a colación, la Sentencia C-626 de 1996, citada por el Ministro de Minas y Energía, en la que se sostuvo que:

“Es postulado cardinal de nuestro ordenamiento, respecto del cual el Constituyente no consagró excepciones, el de que toda persona se presume inocente mientras no se le demuestre lo contrario en el curso de un debido proceso, ante tribunal competente, conforme a las reglas preexistentes al acto que se le imputa, y con la plena garantía de su defensa.

Cuando el legislador establece los tipos penales, señala, en abstracto, conductas que, dentro de la política criminal del Estado y previa evaluación en torno a las necesidades de justicia imperantes en el seno de la sociedad, merecen castigo, según el criterio de aquel.

Para que, en el caso concreto de una persona, puedan ser aplicadas las sanciones previstas en la ley, es indispensable, de conformidad con las garantías constitucionales aludidas, que se configure y establezca

<sup>18</sup> Sobre la legitimidad constitucional de las presunciones pueden consultarse, entre otras, las Sentencias C-015 de 1993, C-109 de 1995, C-540 de 1995, C-238 de 1997m C-622 de 1997, C-665 de 1998, C-388 de 2000, C-374 de 2002, C-455 de 2002, C-506 de 2002, C-778 de 2003, C-669 de 2005, C-123 de 2006 y C-780 de 2007. En esta última providencia, la Corte Constitucional sentó la siguiente jurisprudencia sobre el tema de las presunciones: “*La presunción exige, entonces, a quien la alega, de la actividad probatoria. Basta con caer en el supuesto del hecho indicador establecido por la norma para que opere la presunción. Así, lo que se deduce a partir del hecho indicador del hecho presumido no necesita ser mostrado. Se puede, sin embargo, desvirtuar el hecho indicador y se admite, por tanto, la actividad orientada a destruir el hecho a partir del cual se configura la presunción, cuando quiera se trate de una presunción legal. // De conformidad con lo expuesto respecto de las presunciones, se puede afirmar que la finalidad principal de estas instituciones procesales es “corregir la desigualdad material que pueda llegar a existir entre las partes respecto del acceso a la prueba, y a proteger a la parte que se encuentre en situación de indefensión o de debilidad manifiesta, para lo cual el legislador releva a quien las alega en su favor de demostrar el hecho deducido, promoviendo, de esta forma, relaciones procesales más equitativas y garantizando bienes jurídicos particularmente importantes” (...). Se trata entonces de “un típico procedimiento de técnica jurídica adoptado por el legislador, en ejercicio de su facultad de configuración de las instituciones procesales, con el fin de convertir en derecho lo que simplemente es una suposición fundada en hechos o circunstancias que generalmente ocurren, ante el riesgo de que la dificultad de la prueba pueda significar la pérdida de ese derecho afectando bienes jurídicos de importancia para la sociedad”, se trata, además, de instituciones procesales que “respetando las reglas de la lógica y de la experiencia, reconocen la existencia empírica de situaciones reiteradas y recurrentes, comúnmente aceptadas, para elevarlas, por razones de equidad, al nivel de presunciones” (...).”*

con certeza, por la competente autoridad judicial, que el procesado es responsable por el hecho punible que ha dado lugar al juicio.

En nuestro sistema jurídico, ha sido proscrita, entonces, la responsabilidad objetiva, de lo cual resulta que el legislador no puede asumir, desde el momento en que consagra el tipo penal, que la sola circunstancia de haber incurrido un individuo en la conducta tipificada apareja la necesaria consecuencia de su responsabilidad y de la consiguiente sanción penal. Esta, al tenor del artículo 29 de la Carta, únicamente puede proceder del presupuesto de que al procesado “se le haya declarado judicialmente culpable” (subraya la Corte).

La culpabilidad es, por tanto, supuesto ineludible y necesario de la responsabilidad y de la imposición de la pena, lo que significa que la actividad punitiva del Estado tiene lugar tan sólo sobre la base de la responsabilidad subjetiva de aquellos sobre quienes recaiga.

En esos términos, resulta abiertamente inconstitucional la norma de la ley penal que prevea hechos punibles sancionables objetivamente, esto es, únicamente por la verificación de que la conducta del sujeto encaje materialmente en los presupuestos normativos, sin que se tenga en cuenta la culpabilidad.

También se opone a la Constitución, y de manera flagrante, la norma legal que presuma la culpabilidad del imputado.

Tal ocurre con la regla acusada (artículo 9° de la Ley 228 de 1995), que al trasladar al inculcado la carga de la prueba, exigiéndole que demuestre su inocencia, lo supone delincuente desde el principio del proceso.

En efecto, la disposición impugnada contempla sanción para quien, “en lugar público o abierto al público, ofrezca para su enajenación bien mueble usado cuya procedencia no esté justificada” (subraya la Corte), lo que supone necesariamente que el sindicado se entiende responsable, a menos que demuestre la procedencia lícita de lo que pretende vender, en un clásico traslado de la prueba.

El legislador presume la culpabilidad de la persona, en ostensible trasgresión a la garantía constitucional, que, por el contrario, parte de la presunción de inocencia, mientras al individuo no se le haya declarado judicialmente culpable. Se declarará la inexistencia del precepto acusado, en su totalidad”.

**2.2.3.** En este orden de ideas, y teniendo en cuenta la objeción propuesta, surge entonces el siguiente interrogante: ¿En el campo del derecho administrativo sancionador, una de cuyas expresiones es el régimen sancionatorio ambiental previsto en el **Proyecto de ley número 092 de 2006 Senado, 238 de 2008 Cámara**, rige con la misma intensidad la prohibición reconocida por la honorable Corte Constitucional, en materia penal?

Este problema jurídico ya ha sido previamente resuelto por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, entre otras, en las sentencias C-599 de 1992, C-374 de 2002, C-455 de 2002, C-778 de 2003, C-780 de 2007, y especialmente, en las providencias C-506 de 2002 y C-010 de 2003.

En todas ellas ha reconocido que si bien como regla general, a las distintas manifestaciones del derecho punitivo, le son aplicables en principio las mismas garantías del derecho penal, previstas en el artículo 29 de la Constitución Política, dada la distinción en el alcance de los bienes jurídicos protegidos y la diferencia de los fines que se persiguen con cada uno de los citados institutos; es válido que el legislador establezca excepciones en cuanto al alcance de las citadas garantías, en el sentido de atenuar su rigurosidad, en el campo sancionatorio administrativo. Así, en Sentencia C-506 de 2002<sup>19</sup>, señaló que:

“La no total aplicabilidad de las garantías del derecho penal al campo administrativo obedece a que mientras en el primero se protege el orden social en abstracto y su ejercicio persigue fines retributivos, preventivos y resocializadores, la potestad sancionatoria de la admi-

<sup>19</sup> M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

nistración se orienta más a la propia protección de su organización y funcionamiento, lo cual en ocasiones justifica la aplicación restringida de estas garantías -quedando a salvo su núcleo esencial- en función de la importancia del interés público amenazado o desconocido. // En el mismo sentido, (...) la Corte ha destacado que la finalidad de la sanción administrativa es el adecuado funcionamiento de la Administración, objetivo que vendría entonces a ser la diferencia específica que la distinguiría de la sanción penal. [Precisamente, en Sentencia C-564 de 2000, se dijo que:] La sanción administrativa, como respuesta del Estado a la inobservancia por parte de los administrados de las obligaciones, deberes y mandatos generales o específicos que se ha ideado para el adecuado funcionamiento y marcha de la administración, entre otros, y consecuencia concreta del poder punitivo del Estado, no debe ser ajena a los principios que rigen el derecho al debido proceso”.

En idéntico sentido, en sentencia C-818 de 2005<sup>20</sup>, al pronunciarse acerca de la exequibilidad de algunas disposiciones del Código Disciplinario Único, la Corte Constitucional señaló que:

“Si bien la doctrina sobre la materia ha reconocido que la aplicación de los principios y reglas del derecho penal delictivo al derecho administrativo sancionador, y entre ellos, al derecho disciplinario, tiene como fundamento la *homogeneización o unidad punitiva* exigible en tratándose del ejercicio del *ius puniendi*; de igual manera se ha admitido la existencia de una singularidad en cada uno de sus procedimientos (penal, correccional, contravencional o disciplinario), en respuesta a la naturaleza de los ilícitos y de sus sanciones, así como a la mayor intervención de las sanciones administrativas sobre las penales en el ordenamiento jurídico. Esta posición ha sido recogida por la jurisprudencia de la Corte, al reconocer inicialmente que entre los regímenes sancionatorios administrativos y el derecho penal delictivo existen características específicas que exigen tratamientos diferenciales. Precisamente, en sentencia C-948 de 2002, se afirmó que:

“[E]ntre el derecho penal y los otros derechos sancionadores existen diferencias que no pueden ser desestimadas. Así, el derecho penal no sólo afecta un derecho tan fundamental como la libertad sino que además sus mandatos se dirigen a todas las personas, por lo cual es natural que en ese campo se apliquen con máximo rigor las garantías del debido proceso. En cambio, otros derechos sancionadores no sólo no afectan la libertad física, pues se imponen otro tipo de sanciones, sino que además sus normas operan en ámbitos específicos, ya que se aplican a personas que están sometidas a una sujeción especial -como los servidores públicos- o a profesionales que tienen determinados deberes especiales, como médicos, abogados o contadores. En estos casos, la Corte ha reconocido que los principios del debido proceso se siguen aplicando pero pueden operar con una cierta flexibilidad en relación con el derecho penal”<sup>21</sup>. (Subrayado del texto original).

(...) Siguiendo lo anteriormente expuesto, la Corte ha sostenido que el derecho administrativo sancionador como expresión punitiva del Estado, se encuentra sujeto a los principios de legalidad, tipicidad y reserva de ley. Reconociendo que, en todo caso, debido a las particularidades de cada una de las modalidades sancionatorias, que difieren en cuanto a sus intereses, sujetos involucrados, sanciones y efectos jurídicos sobre la comunidad, dichos principios consagrados en la Constitución adquieren matices dependiendo precisamente del tipo de derecho sancionador de que se trate”.

**2.2.4.** En este sentido, teniendo en cuenta la menor rigurosidad de las garantías del debido proceso en el campo del derecho administrativo sancionador, la honorable Corte Constitucional, en jurisprudencia reiterada, ha sostenido que: “**entre** esta modalidad del derecho punitivo del Estado y las presunciones de culpa existe plena afinidad constitucional, pues estas últimas en nada controvierten los derechos fundamentales al debido proceso y a la presunción de inocencia”.

<sup>20</sup> M. P. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>21</sup> Subrayado del texto original. En esta providencia se reitera la jurisprudencia expuesta en Sentencia C-597 de 1996 (M. P. Alejandro Martínez Caballero).

Quizás el antecedente más importante sobre la materia lo constituye la Sentencia C-506 de 2002<sup>22</sup>, en la que se recoge precedentes expuestos en los fallos C-690 de 1996 y C-054 de 1999, en los que se declaró la constitucionalidad del régimen sancionatorio administrativo en materia tributaria a partir de la consagración de presunciones legales de culpa. Por su importancia, se transcribe parte de la *ratio juris* de la citada providencia, la cual resulta aplicable para el caso bajo estudio, en los siguientes términos:

“Concretamente en materia de aplicación de sanciones tributarias, sin llegar a admitir la responsabilidad objetiva, la Corte ha tolerado la disminución de la actividad probatoria de la Administración encaminada a probar la culpa del sancionado: es decir, a partir de ciertas circunstancias debidamente probadas, ha estimado **que puede presumirse la culpa** y que corresponde al sancionado demostrar la exonerante de culpabilidad. En tales casos, el procedimiento de aplicación de la sanción debe dar espacio para el ejercicio del derecho de defensa; en este sentido, en relación concreta con el incumplimiento del deber de presentar la declaración tributaria, la Corte ha dicho:

“En ese orden de ideas, la sanción administrativa que se impone a quien incumple el deber constitucional de tributar (C.P. art. 95 ord. 9º) goza de ciertas prerrogativas en beneficio de la administración, toda vez que esa facultad es un instrumento que permite la realización de la naturaleza misma del Estado, de tal forma que los derechos y garantías de los ciudadanos se atenúan o matizan en relación con las garantías máximas del derecho penal. Además, no se puede olvidar que uno de los principios que gobiernan el sistema tributario es el de eficiencia, según el cual el Estado debe recaudar los impuestos con el menor costo administrativo posible, a fin de que la cantidad de dinero retirada a los contribuyentes sea casi la misma que la que entra al tesoro del Estado, por lo cual, los procedimientos sancionatorios tributarios deben ser ágiles y lo menos onerosos posibles, con el fin de potenciar el recaudo y disminuir los costos del mismo. En efecto, sería absurdo que componentes importantes de los ingresos fiscales se destinaran a financiar los costos de los procesos administrativos y judiciales creados para asegurar el cumplimiento de los deberes tributarios. Finalmente, en general es razonable suponer que ha actuado de manera dolosa o negligente quien ha incumplido un deber tributario tan claro como es la presentación de la declaración tributaria en debida forma, por lo cual resulta natural considerar que la prueba del hecho –esto de la no presentación de la declaración– es un indicio muy grave de la culpabilidad de la persona. Por consiguiente, teniendo en cuenta que las sanciones impuestas en caso de no presentación de la declaración tributaria son de orden monetario, que el cumplimiento de este deber es esencial para que el Estado pueda cumplir sus fines, y conforme al principio de eficiencia, la Corte considera que una vez probado por la administración que la persona fácticamente no ha presentado su declaración fiscal, **entonces es admisible que la ley presuma que la actuación ha sido culpable, esto es, dolosa o negligente.**

(...) **Lo anterior no implica una negación de la presunción de inocencia, la cual sería inconstitucional, pero constituye una disminución de la actividad probatoria exigida al Estado, pues ante la evidencia del incumplimiento del deber de presentar la declaración tributaria, la administración ya tiene la prueba que hace razonable presumir la culpabilidad del contribuyente.** En este orden de ideas, la flexibilidad del principio de prueba de la culpabilidad en este campo no implica empero condonación de la prueba para la administración, puesto que en sanciones de tipo administrativo, tales como las que se imponen en ejercicio del poder de policía o las sanciones de origen tributario, deben estar sujetas a la evidencia del incumplimiento, en este caso la no presentación de la obligación tributaria, la cual hace razonable la presunción de negligencia o dolo del contribuyente.

(...) **Sin embargo, el principio de culpabilidad quedaría anulado con grave afectación del debido proceso administrativo, y principalmente**

**del derecho a ser oído, si no se le permite al contribuyente presentar elementos de descargo que demuestren que su conducta no ha sido culpable,** por ejemplo, por cuanto no le era posible presentar personalmente la declaración por haberse encontrado secuestrado en ese tiempo, por lo cual esta fue presentada por un agente oficioso. **Estos descargos no son entonces simples negativas de la evidencia, sino pruebas certeras que demuestran el advenimiento de hechos ajenos a la culpa de la persona obligada a declarar, las cuales deben ser tomadas en consideración por la Administración, puesto que como ya se indicó en esta sentencia, resulta contrario al debido proceso, a la dignidad humana y a la equidad y justicia tributarias (CP art. 1º, 29 y 363) sancionar a la persona por el sólo hecho de incumplir el deber de presentar la declaración fiscal, cuando la propia persona ha demostrado que el incumplimiento no le es imputable sino que es consecuencia de un caso fortuito o una fuerza mayor”.** (Negrillas fuera del original).

(...) Desde la perspectiva de la precedente jurisprudencia, en relación con el cargo que aduce el demandante (según el cual la culpa en la ocurrencia del ilícito debe ser demostrada en juicio a fin de desvirtuar la presunción de inocencia y garantizar el derecho de defensa, de lo cual se desprendería que no es posible exigir al contribuyente o declarante que liquide sanciones en su contra y que proceda a su pago), la Corte debe reiterar que una vez que está probada la inexactitud o extemporaneidad de las declaraciones tributarias, o su falta absoluta de presentación, la imposición subsiguiente de sanciones administrativas no desconoce la presunción general de inocencia. La sola demostración de esas circunstancias, constituye un fundamento probatorio sólido para proceder a su aplicación, sin perjuicio del derecho que asiste al sancionado de demostrar las eximentes que, como la fuerza mayor o el caso fortuito, descartan la culpa en el cumplimiento de los deberes tributarios.

Es decir, en los casos en los cuales conforme a las normas demandadas, concretamente a los artículos 588, 641, 642, 644, 668 y 685 del Estatuto Tributario (y sus correspondientes de los Decretos 2503 y 2512 de 1987), corresponde a los contribuyentes, declarantes, responsables o agentes retenedores autoliquidar sanciones por corrección de inexactitudes o por extemporaneidad, debe entenderse, conforme a la jurisprudencia de esta Corporación, que estas personas tienen el derecho de presentar descargos para demostrar que su conducta no ha sido culpable, pudiendo alegar, por ejemplo, la ocurrencia de una fuerza mayor o caso fortuito, la acción de un tercero, o cualquier otra circunstancia eximente de culpabilidad. Demostrada una de tales eximentes, la Administración debe excluir la aplicación de la correspondiente sanción. Bajo esta interpretación, las referidas normas serán declaradas exequibles”.

Esta misma doctrina ha sido expuesta en otras importantes providencias, por ejemplo,

i) En las Sentencias C-374 de 2002, C-455 de 2002 y C-778 de 2003, en las que se avaló las presunciones de culpa y dolo en el ejercicio de la acción de repetición<sup>23</sup>; y

<sup>23</sup> En la primera de las mencionadas providencia, la Corte señaló que: “*Conviene recordar que la existencia de presunciones legales no comprometen el derecho al debido proceso ni el derecho de defensa, pues si bien es cierto que por regla general los sujetos procesales están obligados a demostrar los hechos que alegan como fundamento de su pretensión (...), también lo es que con el fin de promover la equidad en las relaciones procesales que surgen a razón de la acción de repetición, así como de propender por la protección y efectividad de bienes jurídicos relevantes como la moralidad y la defensa del patrimonio público, el legislador bien podrán relevar al Estado de la carga de la prueba cuando al ejercer dicha acción alega en su favor presunción de dolo o culpa grave, sin perjuicio de que la parte demandada pueda desvirtuarla mediante prueba en contrario. // Por lo anterior, cree la Corte que de no haber apelado el legislador a la figura de las presunciones de dolo y culpa grave que consagran las normas acusadas, realmente muy difícil sería la tarea de adelantar con éxito un proceso de repetición contra el agente estatal que con su conducta dolosa o gravemente culposa ha dado lugar a una condena de reparación patrimonial en contra del Estado, y también se harían nugatorios los propósitos trazados por el legislador con la expedición de la Ley 678 de 2001, de promover la efectividad de los principios constitucionales de la moralidad, eficiencia y economía en el ejercicio de la función pública”.*

<sup>22</sup> M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

ii) En la Sentencia C-780 de 2007, en la que se declaró la constitucionalidad de las presunciones de acoso laboral, las cuales, en el caso de los servidores públicos, dan lugar a la imposición de faltas disciplinarias gravísimas, de conformidad con lo estipulado en el Código Disciplinario Único. Al examinar el cargo referente a la violación de la presunción de inocencia, la Corte sostuvo que:

“De esta manera, la presunción establecida en la disposición objeto de examen no contraría el principio de presunción de inocencia ni el derecho al debido proceso, pues se trata de una redistribución de las cargas procesales que no hace nugatorio el derecho de defensa de quien debe desvirtuar el hecho o la consecuencia deducida. Se trata, como se dijo en el acápite anterior, de una institución jurídica que permite al legislador invertir o desplazar el objeto de la prueba, con el propósito de corregir la desigualdad material que existe entre las partes respecto del acceso a la prueba en favor de quien se encuentra en situación de indefensión o de debilidad manifiesta, en este caso concreto, como manifestación directa del principio *in dubio pro operario* y proteger así bienes jurídicos particularmente valiosos. Al respecto, la Corte ha dicho:

“*En términos generales las presunciones no son un juicio anticipado con el cual se desconoce la presunción de inocencia, toda vez que se trata de un típico procedimiento de técnica jurídica adoptado por el legislador, en ejercicio de su facultad de configuración de las instituciones procesales, con el fin de convertir en derecho lo que simplemente es una suposición fundada en hechos o circunstancias que generalmente ocurren, ante el riesgo de que la dificultad de la prueba pueda significar la pérdida de ese derecho afectando bienes jurídicos de importancia para la sociedad*”<sup>24</sup>.

Así pues, la autoridad competente para adelantar el procedimiento, ya sea judicial o disciplinario, tiene el deber de respetar en todo momento las garantías propias del debido proceso a quien es puesto en desventaja procesal por la presunción aquí analizada, permitiendo ejercer su derecho de defensa en la práctica de las pruebas”.

En desarrollo de lo anterior, la honorable Corte Constitucional ha dicho que, en lo concerniente al derecho administrativo sancionador, para que una presunción legal resulte constitucional es necesario que:

- i) La misma aparezca como razonable,
- ii) Que persiga un fin constitucionalmente legítimo, y
- iii) Que sea estrictamente proporcionada para alcanzar el mencionado fin<sup>25</sup>.

En el caso bajo examen, la presunción de culpabilidad establecida en las normas objetadas supera el citado *juicio de razonabilidad*, pues lo que se pretende a través de ellas es realizar una redistribución de las cargas probatorias, a favor de la protección de un interés de raigambre Superior, como lo es, la salvaguarda del derecho colectivo al medio ambiente sano, el cual por su estrecha relación con los derechos a la vida, a la integridad física y a la salud puede igualmente considerarse como un derecho fundamental por conexidad.

La *razonabilidad* de la medida adoptada por el legislador descansa en reconocer que las infracciones que se cometen frente al medio ambiente, por lo general subyacen en la realización de actividades peligrosas, las cuales por el riesgo inherente que rodea su ejercicio, suponen que el comportamiento dañoso envuelve una conducta negligente, imprudente o maliciosa. Así las cosas, es innegable que la presunción de culpabilidad en materia sancionatoria ambiental, aparece como una herramienta procesal idónea para salvaguardar un bien jurídico particularmente importante respecto del cual la prueba del elemento subjetivo que fundamenta la responsabilidad, se dificulta y resulta excesivamente gravosa

<sup>24</sup> Sentencia C-374 de 2002.

<sup>25</sup> Sentencia C-388 de 2000.

frente a una modalidad de comportamiento que, por el riesgo que ella misma involucra, supone necesariamente un actuar contrario al deber de diligencia. Así, por ejemplo, en esta misma dirección se encuentra el artículo 52 de la Ley 19.300 de 1994, proferida en la República de Chile<sup>26</sup>.

En lo que respecta a la búsqueda de un *fin constitucionalmente válido*, es preciso manifestar que la presunción consagrada en las disposiciones objetadas apela a lograr la efectiva protección y salvaguarda del medio ambiente, facilitando la imposición de medidas preventivas y sancionatorias frente a comportamientos en los que la prueba del elemento subjetivo es de difícil realización, más aún, teniendo en cuenta que por la peligrosidad y el riesgo que involucra el quehacer frente al medio ambiente, es válido entender que el comportamiento dañoso implica por su propia naturaleza una infracción al deber de diligencia que tienen todas las personas. Es más el propio Constituyente de 1991 fue consciente de esta realidad, al admitir sin excepción o salvedad alguna, en los casos de responsabilidad civil, la posibilidad de consagrar un régimen de responsabilidad objetiva (aún más gravoso al previsto en las normas objetadas, el cual parte de una responsabilidad subjetiva con presunción de culpabilidad), en los casos de lesión o menoscabo a los derechos colectivos, como lo es, el derecho al medio ambiente. Expresamente, en el inciso 3° del artículo 88 del Texto Superior, se consagra que: “*Así mismo, definirá [refiriendo al legislador] los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos*”.

Finalmente, la *medida adoptada es proporcional* para alcanzar el mencionado fin, pues no implica el sacrificio de ninguna garantía fundamental de los ciudadanos, mientras logra el propósito trascendental de velar por la debida protección del medio ambiente, en los términos consagrados en el artículo 80 de la Carta Política. Ya la honorable Corte Constitucional ha dicho, en otras ocasiones, que la presunción legal resultaría desproporcionada si, con la decisión adoptada, se impidiese materialmente el ejercicio del derecho de defensa o se pasase inmediatamente a la sanción, sin la comprobación por lo menos del comportamiento reprochable<sup>27</sup>.

En el caso objeto de análisis, en primer lugar, **es claro que la presunción existe solamente en el campo de la culpabilidad, por lo que no se excluye a la Administración de la obligación de probar la existencia de la infracción ambiental**, en los estrictos y precisos términos dispuestos en la ley; y en segundo término, **la presunción consagrada no impide que la misma se pueda desvirtuar por el**

<sup>26</sup> Dispone la norma en cita: “**Artículo 52.- Se presume legalmente la responsabilidad del autor del daño ambiental**, si existe infracción a las normas de calidad ambiental, a las normas de emisiones, a los planes de prevención o de descontaminación, a las regulaciones especiales para los casos de emergencia ambiental o a las normas sobre protección preservación o conservación ambientales, establecidas en la presente ley o en otras disposiciones legales o reglamentarias”. Por su parte, el artículo 56 de la misma normatividad, señala que: “**Corresponderá a las municipalidades**, en conformidad con su ley orgánica constitucional, y a los demás organismos competentes del Estado requerir del juez a que se refiere el artículo 60, la aplicación de sanciones a los responsables de fuentes emisoras que no cumplan con los planes de prevención o descontaminación, o con las regulaciones especiales para situaciones de emergencia ambiental, o a los infractores por incumplimiento de los planes de manejo a que se refiere esta ley. El procedimiento será el contemplado en el párrafo 2° del Título III de la presente ley, y a los responsables se les sancionará con:

a) Amonestación;

b) Multas de hasta mil unidades tributarias mensuales, y

c) Clausura temporal o definitiva. // En todos estos casos, el juez podrá, según la gravedad de la infracción, ordenar la suspensión inmediata de las actividades emisoras u otorgar a los infractores un plazo para que se ajusten a las normas. // Si cumplido dicho plazo los responsables de fuentes emisoras continúan infringiendo las normas contenidas en los respectivos planes o regulaciones especiales, serán sancionados con una multa adicional de hasta cuarenta unidades tributarias mensuales diarias. // Los responsables de fuentes emisoras sancionados en conformidad con este artículo, no podrán ser objeto de sanciones por los mismos hechos, en virtud de lo dispuesto en otros textos legales”.

<sup>27</sup> Véase, al respecto, las Sentencias C-388 de 2000 y C-506 de 2002.

**presunto infractor mediante los medios legales probatorios previstos en la ley**, pues tal facultad aparece reiterada en ambas normas objetadas.

Por consiguiente, se concluye que:

i) No es cierto que sea imposible establecer presunciones de culpa en materias referentes al derecho administrativo sancionador, pues así lo ha permitido la jurisprudencia de la honorable Corte Constitucional; además:

ii) Dichas presunciones son válidas si cumplen con las exigencias de razonabilidad, finalidad y proporcionalidad, supuestos que en el caso bajo examen se encuentran plenamente acreditados.

**2.2.5.** Por último, basta por señalar que la jurisprudencia de la Corte ha sido tan clara en delimitar la autonomía del régimen sancionatorio administrativo, que en ciertos casos, ha avalado regímenes de **RESPONSABILIDAD OBJETIVA**, frente a presuntas violaciones al derecho a la presunción de inocencia, como ocurrió en las Sentencias C-599 de 1992 y C-010 de 2003, referentes a las infracciones cambiarias y de tránsito. Por lo anterior, acudiendo a un principio de interpretación de la lógica jurídica, conforme al cual: *“el que puede lo más, puede lo menos”*; resultaría absolutamente desconcertante que admitiendo la compatibilidad constitucional de la responsabilidad objetiva en ciertos campos del derecho administrativo sancionador, se declarará inconstitucional la posibilidad de consagrar presunciones de culpa dentro de un régimen de responsabilidad subjetiva, cuando estas cumplen un fin constitucionalmente válido y además se ajustan a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurisprudencialmente establecidos<sup>28</sup>. Así las cosas, formulamos la siguiente:

<sup>28</sup> Textualmente, en Sentencia C-010 de 2003, la Corte señaló que: *“(…) en Sentencia C-616 de 2002, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, se reiteró que “la Corte Constitucional en materia de sanciones administrativas ha aceptado solo de manera excepcional, atendiendo a las especificidades de cada caso, la constitucionalidad de la responsabilidad objetiva”. En dicho pronunciamiento la Corte consideró que la exequibilidad de la responsabilidad objetiva en algunos campos del derecho sancionador debe ser objeto de estudio por parte de esta Corporación en cada caso de acuerdo con las características propias de la norma que se juzga, señalando que como la imposición de sanciones por responsabilidad objetiva es de carácter excepcional en el régimen constitucional colombiano por ello se encuentra sujeta a estos requisitos:*  
 i) *Que carezcan de la naturaleza de sanciones que la doctrina llama ‘rescisorias’, es decir, de sanciones que comprometen de manera específica el ejercicio de derechos y afectan de manera directa o indirecta a terceros;*  
 ii) *Que tengan un carácter meramente monetario; y*  
 iii) *Que sean de menor entidad en términos absolutos (tal como sucede en el caso de las sanciones de tránsito) o en términos relativos (tal como sucede en el régimen cambiario donde la sanción corresponde a un porcentaje del monto de la infracción o en el caso del decomiso en el que la afectación se limita exclusivamente a la propiedad sobre el bien cuya permanencia en el territorio es contraria a las normas aduaneras)”*.

**Proposición**

Con fundamento en las anteriores consideraciones, proponemos a la Plenaria del Senado aprobar el presente informe y, en consecuencia, declarar infundadas las **Objeciones Presidenciales al Proyecto de ley número 092 de 2006 Senado, 238 de 2008 Cámara**, insistiendo en su aprobación conforme al texto aprobado por el Congreso de la República.

En consecuencia, para cumplir los fines establecidos en el numeral 8 del artículo 241 y el artículo 167 de la Constitución Política, así como lo previsto en el artículo 32 del Decreto 2067 de 1991, se procederá a remitir el texto del presente informe con el respectivo expediente a la honorable Corte Constitucional, para que esta se pronuncie definitivamente frente a las objeciones por inconstitucionalidad planteadas por el Gobierno Nacional y que han sido declaradas infundadas por esta Corporación legislativa.

Cordialmente,

*Arturo Char Chaljub,*  
Honorable Senador de la República.

**C O N T E N I D O**

Gaceta número 711 - Martes 14 de octubre de 2008	
SENADO DE LA REPUBLICA	
PONENCIAS	
	<b>Págs.</b>
Ponencia favorable para primer debate y Pliego de modificaciones al Proyecto de Acto legislativo número 08 de 2008 Senado, por medio del cual se modifican los artículos 328 y 356 de la Constitución Política. ....	1
Ponencia para primer debate al Proyecto de ley número 293 de 2008 Senado, 138 de 2007 Cámara, por la cual se establece la acumulación de minutos o segundos no consumidos en telefonía fija, planes postpago y tarjetas prepago a favor de los usuarios y se dictan otras disposiciones.....	2
Ponencia para primer debate al Proyecto de ley número 04 de 2008 Senado, por la cual se modifica el parágrafo 1° del artículo 21 de la Ley 141 de 1994.....	7
OBJECIONES PRESIDENCIALES	
Objeción presidencial al Proyecto de ley número 092 de 2006 Senado, 238 de 2008 Cámara, por la cual se establece el procedimiento sancionatorio ambiental y se dictan otras disposiciones.....	9