



GACETA DEL CONGRESO

SENADO Y CÁMARA

(Artículo 36, Ley 5ª de 1992)
IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA
www.imprenta.gov.co

ISSN 0123 - 9066

AÑO XXIV - N° 1076

Bogotá, D. C., miércoles, 23 de diciembre de 2015

EDICIÓN DE 32 PÁGINAS

DIRECTORES:

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

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

RAMA LEGISLATIVA DEL PODER PÚBLICO

SENADO DE LA REPÚBLICA

CONCEPTOS JURÍDICOS

CONCEPTO JURÍDICO DEL MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 08 DE 2014 SENADO

por medio de la cual se expiden normas para la protección y utilización de la zona costera del territorio marino costero de la Nación y se dictan otras disposiciones (ponencia para segundo debate).

1.1

Bogotá, D. C.

Honorable Senador

LUIS FERNANDO VELASCO CHAVES

Presidente

Senado de la República

Ciudad

Referencia: Consideraciones del Ministerio de Hacienda y Crédito Público al Proyecto de ley número 08 de 2014 Senado, por medio de la cual se expiden normas para la protección y utilización de la zona costera del territorio marino costero de la Nación y se dictan otras disposiciones (ponencia para segundo debate).

Respetado Presidente:

Por medio de la presente me permito manifestar la posición del Ministerio de Hacienda y Crédito Público en relación con la ponencia para segundo debate al Proyecto de ley número 08 de 2015 Senado, por medio de la cual se expiden normas para la protección y utilización de la zona costera del territorio marino costero de la Nación y se dictan otras disposiciones, en los siguientes términos:

El proyecto de ley tiene por objeto establecer medidas de protección, defensa, recuperación, conservación y uso de las playas marinas y terrenos de bajamar.

Frente a los artículos 23 y 24 que contemplan la creación del Fondo para la Recuperación y Mantenimiento de Playas Marinas y Terrenos de Bajamar, es preciso mencionar que el proyecto de ley no contempla los costos fiscales, ni la estimación total de ingresos que se espera recibir por las multas y cobros a concesiones, que serán los recursos con los que espera se financie la iniciativa. Es importante notar que el gasto en que se incurrirá no es compatible con el Marco Fiscal de Mediano Plazo, porque presupuestalmente no existen recursos destinados para la constitución de este tipo de fondos.

Según lo planteado en el artículo 23 “*Dichas entidades territoriales podrán acceder a estos recursos a través de proyectos de inversión y podrán ser cofinanciados con otros recursos*”, no describe de forma clara cuáles son los otros recursos de cofinanciación para la iniciativa, como lo establece el artículo 7° de la Ley 819 de 2003, a saber:

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

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

En virtud de lo expuesto, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público de manera respetuosa se abstiene

de emitir concepto favorable a la presente iniciativa, hasta tanto se tenga claridad de la cuantía de los recursos necesarios y su fuente, no sin antes reiterar la voluntad de colaborar con la actividad legislativa en términos de responsabilidad fiscal vigente.

Atentamente,



ANDRÉS ESCOBAR ARANGO
Viceministro Técnico
J2EALQV/FMF
DGPM

Con copia a:

Honorable Senador Álvaro Asthon Giraldo - Autor.

Honorable Senador Luis Fernando Velasco Chávez - Ponente.

Doctor Gregorio Eljach Pacheco, Secretario General del Senado de la República, para que obre en el expediente.

UJ-2578/15.

* * *

CONCEPTO JURÍDICO DEL MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 72 DE 2014 SENADO

por la cual se regula el sector de vigilancia y seguridad privada en Colombia y se dictan otras disposiciones.

1.1

Bogotá, D. C.

Honorable Senador

LUIS FERNANDO VELASCO CHAVES

Presidente

Senado de la República

Ciudad

Asunto: Comentarios frente a la ponencia para segundo debate del Proyecto de ley número 72 de 2014 Senado, *por la cual se regula el sector de vigilancia y seguridad privada en Colombia y se dictan otras disposiciones.*

Respetado Presidente:

De manera atenta me permito presentar los comentarios y consideraciones del Ministerio de Hacienda y Crédito Público a la ponencia para segundo debate del Proyecto de ley número 72 de 2014 Senado, *por la cual se regula el sector de vigilancia y seguridad privada en Colombia y se dictan otras disposiciones.*

El presente proyecto de ley de iniciativa parlamentaria tiene por objeto actualizar el Decreto Ley 356 de 2001, *por el cual se expide el Estatuto de Vigilancia y Seguridad Privada.*

Sobre el particular resulta importante hacer las siguientes precisiones de carácter presupuestal y constitucional:

Respecto del contenido del artículo 87 del presente proyecto de ley, el cual enuncia:

“Artículo 87. Estructura de la Superintendencia. El Gobierno nacional estará facultado para modificar la estructura de la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, con el fin de adecuarla frente a la expansión y la nueva regulación del sector de la Vigilancia y Seguridad Privada”.

Sobre el particular, es importante anotar que para la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada se encuentra aprobado para la vigencia 2016 un presupuesto de **29.7** mil millones de pesos, de los cuales **15.15** mil millones de pesos corresponden a gastos de funcionamiento y **14.55** mil millones de pesos a inversión. En este sentido, cualquier gasto que se origine como consecuencia de la aprobación del presente proyecto, deberá estar supeditado a las disponibilidades presupuestales existentes, además de esto deberán ser consistentes con lo establecido en el Marco Fiscal de Mediano Plazo y con los cupos asignados al sector en el Marco de Gasto de Mediano Plazo.

De otra parte, el artículo 114 de la presente iniciativa dispone que el Ministerio de Defensa Nacional –en coordinación con la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada– pondrá en funcionamiento el Registro Único Nacional de Vigilancia y Seguridad Privada (RUSP) al cual se incorporarán al menos 14 registros de información. La puesta en marcha de estos registros generarían un impacto fiscal para la Nación. Para estimar este impacto, se considera a manera de ejemplo los gastos que demandó el “Observatorio Laboral para la Educación”, a cargo del Ministerio de Educación Nacional, como se observa en el siguiente cuadro:

Objeto	Valor 2015
Diseño y puesta en marcha del sistema	\$621.454.781
Consolidación e integración de la base de datos del sistema, su divulgación y análisis de resultados. Gerencia del Proyecto	\$279.685.890
Divulgación en medios. Diseño y aplicación del sitio web	\$714.938.199
Personal: Gerente, analistas, web máster, coordinador sistema, asistente	\$740.819.577
Diseño y desarrollo de la bodega de datos e implementación del sistema en consultas dinámicas	\$175.096.631
Ajustes al sistema de información y a la encuesta de seguimiento	\$63.925.089
Total	\$2.595.920.167

Fuente: Observatorio Laboral del Ministerio de Educación Nacional; cálculos DGPPN; cifras proyectadas a 2015.

Conforme a los datos anteriores, para la implementación del registro se requieren cerca de **2.596** millones de pesos, sin contar con las erogaciones para el mantenimiento del mismo.

Respecto del costo de funcionamiento para atender este registro, a manera de ejemplo se tiene el Registro Único de Víctimas, el cual de conformidad con el CONPES 3712 de 2011, podría generar gastos de

funcionamiento anuales de **9.329** millones de pesos¹, para el caso del presente proyecto estos recursos no se encuentran contemplados ni en el Marco Fiscal de Mediano Plazo ni en el Marco de Gasto del Sector.

Relacionado con lo anterior, el párrafo 1° del artículo 114 de la presente iniciativa, estipula que la “Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, apropiará los recursos Técnicos, financieros, administrativos que permitan poner en funcionamiento el RUSP en todo el territorio nacional”. Sobre el particular es necesario indicar que de conformidad con el fallo del Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta², con ponencia del Magistrado Delio Gómez Leyva, se pronunció respecto del uso de la tasa que recauda la Superbanca –hoy Superfinanciera– donde sostuvo que los recursos provenientes de la tasa que pagan los vigilados deberá ser destinada exclusivamente “(...) para el sostenimiento o manejo de una entidad”.

Así mismo, el párrafo 1° del artículo 114 puede contravenir los artículos 151 y 352 de la Constitución Política, por tratarse de asuntos de carácter de Ley Orgánica de Presupuesto, al respecto ha manifestado la Corte Constitucional mediante Sentencias C-478 de 1992, C-052 y C-142 de 2015:

*La Constitución de 1991 reconoce que la materia presupuestal es de aquellas que pueden considerarse concurrentes en los niveles Nacional, Departamental y Municipal, es decir, que necesariamente estarán presentes en cada uno de esos niveles territoriales manifestaciones de la función presupuestal. El rango cuasi-constitucional de las leyes orgánicas, que les permite ser el paradigma y la regla de otras leyes en las materias que regulan. La Constitución de 1991 fue más allá de la utilización tradicional de la ley orgánica de presupuesto como receptáculo de los principios de esa disciplina. El artículo 352 la convirtió en instrumento matriz del sistema presupuestal colombiano al disponer que se someterán a ella todos los presupuestos: el Nacional, los de las entidades territoriales y los que elaboran los entes descentralizados de cualquier nivel. La ley orgánica regulará las diferentes fases del proceso presupuestal (programación, aprobación, modificación y ejecución). (Su-
brayado fuera de texto).*

Razón por la cual, esta Cartera solicita que el párrafo 1° del artículo 114 de la presente iniciativa debe suprimirse, teniendo en cuenta que va en contra de la jurisprudencia existente en cuanto al destino de las tasas de las Superintendencias, así como que su contenido es materia de ley orgánica.

De otra parte, en cuanto al contenido del párrafo 2° del artículo 114 de la presente iniciativa, este Ministerio se permite manifestar que su contenido puede estar en contra del principio de autonomía de las entidades territoriales, en cuanto su redacción obliga a que en las ya mencionadas, exista una dependencia del RUSP.

Es relevante reiterar que en el marco de la autonomía de las entidades territoriales, la gestión de sus intereses no puede desligarse de la facultad de admi-

nistrar sus recursos. Sobre este tema se ha pronunciado la jurisprudencia constitucional, así:

“Por su parte, el principio de autonomía de las entidades territoriales tiene que ver con la potestad de autogobierno y manejo de los asuntos propios. Para ello, el artículo 287 de la Carta señaló los componentes básicos de la autonomía como garantía institucional de las entidades territoriales, a saber: (i) capacidad de gobernarse por autoridades propias, (ii) potestad de ejercer las competencias que les correspondan, (iii) facultad de administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones; y (iv) derecho a participar en las rentas nacionales. El artículo 287 Superior también advierte que la autonomía de las entidades territoriales se ejerce “dentro de los límites de la Constitución y la ley”, con lo cual apunta a preservar el interés nacional y el principio de Estado Unitario. Sin embargo, como lo ha explicado la jurisprudencia constitucional, el Legislador no puede hacer uso indiscriminado de sus atribuciones para despojar por completo la autonomía que la propia Carta pregonaba para el manejo de los asuntos de interés local”. (Sentencia C-937 de 2010).

De acuerdo con lo expuesto en los anteriores argumentos, y de conformidad con el artículo 7° de la Ley 819 de 2003, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público se abstiene de emitir concepto favorable respecto de los artículos 87 y 114 de la presente iniciativa, no sin antes manifestarle muy atentamente nuestra voluntad de colaborar con la actividad legislativa en los términos de disciplina fiscal vigente.



ANDRÉS ESCOBAR ARANGO
Viceministro Técnico
NJAZ/ME/LQV
DGPPN/DAF
UJ- 2007/15

Con Copia a:

Honorable Senador Óscar Mauricio Lizcano - Autor – Ponente.

Honorable Representante Juan Felipe Lemos - Autor.

Honorable Representante Luz Adriana Moreno Marmolejo – Autor.

Honorable Senadora Nidia Marcela Osorio Salgado – Ponente.

Honorable Senador Luis Fernando Velasco - Ponente.

Honorable Senador Iván Cepeda - Ponente.

Honorable Senadora Paola Holguín - Ponente.

Honorable Senador Carlos Fernando Galán Pachón – Ponente.

Doctor Gregorio Eljach Pacheco, Secretario General, Senado de la República.

¹ Valores expresados a precios del 2015.

² Radicación número 7300 de 1997.

CONCEPTO JURÍDICO DEL MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 130 DE 2014 CÁMARA, 34 DE 2015 SENADO

por medio de la cual la Nación se asocia a la conmemoración del Bicentenario del sitio Cartagena de Indias - Ciudad Heroica y exalta la memoria de los cartageneros que resistieron 105 días.

1.1

Bogotá, D. C.

Honorable Senador

LUIS FERNANDO VELASCO CHAVES

Presidente

Senado de la República

Ciudad

Asunto: Ponencia para cuarto debate al Proyecto de ley número 130 de 2014 Cámara, 34 de 2015 Senado, por medio de la cual la Nación se asocia a la conmemoración del Bicentenario del sitio Cartagena de Indias - Ciudad Heroica y exalta la memoria de los cartageneros que resistieron 105 días.

Respetado Presidente:

De manera atenta el Ministerio de Hacienda y Crédito Público presenta los comentarios que estima pertinentes someter a su consideración sobre la ponencia para cuarto debate al Proyecto de ley número 130 de 2014 Cámara, 034 de 2015 Senado, *por medio de la cual la Nación se asocia a la conmemoración del Bicentenario del sitio Cartagena de Indias - Ciudad Heroica y exalta la memoria de los cartageneros que resistieron 105 días.*

En primer lugar, el artículo 1° del proyecto de ley indica:

“(…) La Nación se asocia a la conmemoración del bicentenario del suceso militar e histórico denominado Sitio de Cartagena de Indias, ocurrido entre agosto y diciembre de 1815 y se declara el día 6 de diciembre como Día Cívico Nacional”¹.

Al respecto, es preciso mencionar que la valoración del impacto de la iniciativa en la actividad económica del país y el recaudo fiscal es de difícil determinación. Lo anterior, considerando que los días festivos están contemplados de manera expresa en el artículo 177 del Código Sustantivo del Trabajo y el proyecto de ley no contempla la modificación de esta norma laboral para declarar como día festivo obligatorio y vinculante el 6 de diciembre. Por lo tanto, sería voluntad de la empresa privada acoger el Día Cívico Nacional que se propone como día festivo, con las implicaciones que esto supone en términos de remuneración y derechos de los trabajadores.

No obstante, de optar la empresa privada de Cartagena por acoger este día cívico como día festivo, la dinámica económica de la ciudad podría enfrentarse a una disyuntiva entre la actividad económica industrial y la comercial. Es probable que los efectos negativos sobre la industria, sean compensados por los efectos positivos de la actividad comercial. Lo anterior, con-

siderando que el PIB industrial del Distrito cuenta con una participación de 9,1% en el PIB departamental, mientras que el comercial tiene 15,1% de participación.

A nivel nacional, aunque podría ser menos probable que la empresa privada adopte este día cívico como festivo, los efectos macroeconómicos negativos podrían no ser despreciables. A manera de ejemplo, un día hábil en la industria puede reducir el crecimiento real en 4,2 puntos porcentuales tomando como base un mes de 24 días hábiles.

Sin perjuicio de lo anterior, es necesario tomar en consideración que la Corte Constitucional ha expresado² reglas particulares acerca de la naturaleza jurídica de las leyes de honores, las cuales pueden sintetizarse del modo siguiente: (i) la naturaleza jurídica de las leyes de honores se funda en el reconocimiento estatal a personas, hechos o instituciones que merecen ser destacadas públicamente, en razón de promover significativamente valores que interesan a la Constitución; (ii) las disposiciones contenidas en dichas normas exaltan valores humanos que por su trascendencia ante la comunidad han sido considerados como ejemplo vivo de grandeza, nobleza, hidalguía y buen vivir, y por ello se les pone como ejemplo ante la posteridad.

Contrario a lo que sucede con la actividad legislativa ordinaria del Congreso, las leyes de honores carecen de carácter general y abstracto, agotándose en su expedición de manera subjetiva y concreta, respecto de la persona, situación o institución objeto de exaltación³. De esta forma, se han identificado modalidades recurrentes de leyes de honores, a saber (i) homenaje a ciudadanos; (ii) aniversarios de municipios colombianos; y (iii) aniversarios de instituciones educativas, de valor cultural, arquitectónico o, en general, otros aniversarios.

Del análisis del articulado se advierte que se trata de una ley de honores, que se encuentra sometida a los límites constitucionales propios de las demás normas que produce el legislador. En este sentido, llama la atención que al tenor del artículo 4° del proyecto se destina recursos del Presupuesto General de la Nación para la financiación de las siguientes obras:

- Estrategias y medidas para la competitividad de Cartagena de Indias.
- Protección costera.
- Plan Maestro de Drenajes Pluviales y Control de Mareas.
- Sistema de Caños y Lagos y Terminal Turística de Cruceros.
- Bulevar Turístico de Bocagrande Avenida Bicentenario.
- Avenida 5ª de Manga.
- Transporte acuático.
- Culminación Vía Perimetral.

² Sentencia C-817 de 2011 Corte Constitucional.

³ *Ibidem*, página 1.

¹ *Gaceta del Congreso* número 878 de 2015.

- Acueducto Tierra Bomba.
- Recuperación Ciénaga de la Virgen.
- Ampliación Corredor Industrial de Mamonal.
- Túnel o puente de conexión Bocagrande-Manga.

Es conveniente señalar que la Constitución Política establece normas básicas en materia presupuestal en los artículos 151⁴ y 352⁵, en virtud de los cuales se sancionó la Ley 225 de 1995⁶, que autorizó al Gobierno nacional para compilar las normas que conforman el Estatuto Orgánico del Presupuesto. Así, se expidió el Decreto número 111 de 1996⁷, que en el artículo 38 señala taxativamente las apropiaciones que pueden ser incluidas en el Presupuesto de Gastos, de lo que se desprende que estas deben contar con un título constitutivo (de gasto), en los términos previstos en la Constitución Política y en dicho Estatuto⁸.

En ese orden de ideas, resulta conveniente advertir que si bien el Congreso de la República tiene la facultad de autorizar gasto público, es el Gobierno nacional quien debe definir, según las prioridades que se hayan establecido en el Plan Nacional de Desarrollo, qué partidas se deben incluir en el Presupuesto General de la Nación. De este modo, en relación con la preparación del proyecto de Presupuesto General de la Nación, el Estatuto Orgánico del Presupuesto prevé:

“Artículo 47. Corresponde al Gobierno preparar anualmente el proyecto de Presupuesto General de la

⁴ “El Congreso de la República expedirá leyes orgánicas a las cuales estará sujeto el ejercicio de la actividad legislativa, entre las que menciona las normas sobre preparación, aprobación y ejecución del presupuesto de rentas y ley de apropiaciones”.

⁵ “Además de lo señalado en esta Constitución, la Ley Orgánica del Presupuesto regulará lo correspondiente a la programación, aprobación, modificación, ejecución de los presupuestos de la Nación, de las entidades territoriales y de los entes descentralizados de cualquier nivel administrativo, y su coordinación con el Plan Nacional de Desarrollo, así como también la capacidad de los organismos y entidades estatales para contratar”.

⁶ “Por la cual se introducen algunas modificaciones a la Ley 38 de 1989, y la Ley 179 de 1994, Orgánicas de Presupuesto”.

⁷ “Por el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 que conforman el Estatuto Orgánico del Presupuesto”.

⁸ “Artículo 38. En el presupuesto de gastos solo se podrá incluir apropiaciones que correspondan:
a) A créditos judicialmente reconocidos;
b) A gastos decretados conforme a la ley;
c) Las destinadas a dar cumplimiento a los Planes y Programas de Desarrollo Económico y Social y a las de las obras públicas de que tratan los artículos 339 y 341 de la Constitución Política, que fueren aprobadas por el Congreso Nacional, y
d) A las leyes que organizan la Rama Judicial, la Rama Legislativa, la Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General de la República, la Registraduría Nacional del Estado Civil, que incluye el Consejo Nacional Electoral, los Ministerios, los Departamentos Administrativos, los Establecimientos Públicos y la Policía Nacional que constituyen título para incluir en el presupuesto partidas para gastos de funcionamiento, inversión y servicio de la deuda pública. (Ley 38 de 1989, artículo 24, Ley 179 de 1994, artículos 16, 55, incisos 1° y 4°, artículo 71)”.

Nación con base en los anteproyectos que le presenten los órganos que conforman este Presupuesto. El Gobierno tendrá en cuenta la disponibilidad de recursos y los principios presupuestales para la determinación de los gastos que se pretendan incluir en el proyecto de Presupuesto”.

En este sentido, la Corte Constitucional ha sostenido reiteradamente una posición según la cual las disposiciones del legislador que ordenan gastos, expedidas con el cumplimiento de las formalidades constitucionales, no pueden tener mayor eficacia que la de constituir títulos jurídicos suficientes, en los términos de los artículos 345 y 346 de la Carta, para la posterior inclusión del gasto en la ley de presupuesto, pero que ellas en sí mismas no pueden constituir órdenes para llevar a cabo tal inclusión, sino autorizaciones para ello”^[2] y que “la aprobación legislativa de un gasto es condición necesaria pero no suficiente para poder llevar a cabo, (...) igualmente corresponde al Gobierno decidir libremente qué gastos ordenados por las leyes se incluyen en el respectivo proyecto de presupuesto” (artículo 346 C. P.)^[3] (Subrayas y negrillas propias).

Así, a pesar de que las obras propuestas en el presente proyecto reportarían beneficios para el departamento de Bolívar, es obligación de este Ministerio advertir que los recursos con los que eventualmente se financiarían dichas obras no se encuentran contemplados en el Marco Fiscal de Mediano Plazo ni en el marco de gastos del sector correspondiente.

Adicionalmente, vale la pena revisar la asignación de funciones a las Comisiones Cuartas Constitucionales Permanentes, frente al trámite dado al presente proyecto de ley toda vez que conforme al artículo 2° de la Ley 3ª de 1992 las competentes para tramitar los proyectos de “honorarios y monumentos públicos” son las Comisiones Segundas Constitucionales Permanentes.

Refiriéndose al Control de Constitucionalidad de ley en Comisiones Constitucionales, la Corte ha optado por un criterio material para determinar la competencia o incompetencia de una comisión. En Sentencia C-975 de 2002, expreso:

“En los juicios de inconstitucionalidad donde se controvierte la competencia o incompetencia de una comisión permanente para tramitar y aprobar en primer debate un proyecto de ley, respecto del cual existe una duda razonable sobre el destino que este debe seguir, el criterio para definir cuál es la comisión a la que ha debido remitirse dicho proyecto es eminentemente material; es decir, referido al tema y a la finalidad que persigue la ley, sin que resulte relevante que entre las varias materias tratadas una tenga un mayor número de artículos.

En aquellos casos donde las materias reguladas en un proyecto de ley no aparezcan claramente asignadas a una determinada y específica comisión o puedan ser estudiadas por varias de ellas, y el Presidente de la respectiva célula congresional haya dispuesto su envío a la comisión que considere pertinente en

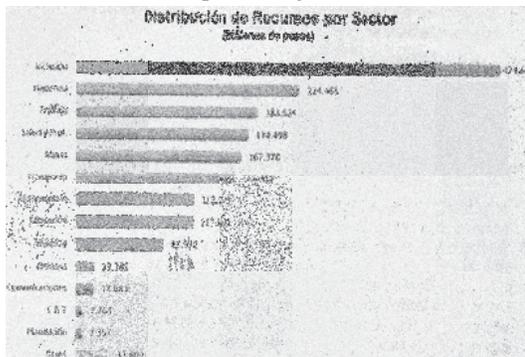
^[2] Corte Constitucional Sentencia C-197 de 2001. M. P. Rodrigo Escobar Gil.

^[3] Corte Constitucional. Sentencia C-157 de 1998.

atención a su afinidad temática, en acatamiento al respeto por el principio democrático, el control de constitucionalidad que se adelante en esa causa debe ser flexible, de forma tal que solo se pueda considerar la declaratoria de inconstitucionalidad del precepto, cuando la asignación de competencia resulte irrazonable y claramente contraria a los contenidos normativos del artículo 2° de la Ley 3ª de 1992. Sólo en este último caso –lo dijo la Corte–, “El juez de la Carta podría sustituir la decisión del Presidente del Senado de la República o de la Cámara de Representantes, decretando la inexecutable por vicios de forma de la ley que se trate”.

Por otro lado, la planeación de las obras y programas a financiar sería una responsabilidad que recaerá sobre las autoridades departamentales y municipales. Por lo anterior, no se considera conveniente la apropiación de recursos del Presupuesto General de la Nación para los proyectos mencionados en el proyecto de ley para la ciudad de Cartagena.

Dentro del total del proyecto de presupuesto de inversión para la vigencia 2015, el departamento de Bolívar cuenta con recursos por 1.747 millones de pesos lo que representa un crecimiento de 91% frente a los recursos destinados para la vigencia de 2010.



Según cifras de la Dirección de Apoyo Fiscal (DAF) del Ministerio de Hacienda, durante los tres últimos años el gasto de inversión se ha concentrado en los sectores de educación, salud y otros sectores (recreación, cultura, transporte, entre otros) con más del 90% del presupuesto de inversión (Tabla número 1). Adicionalmente, dentro de los ingresos totales de Cartagena, las transferencias se han mantenido en 260.000 millones de pesos en promedio entre 2012 y 2014, recursos que por ley deben ser destinados en su mayoría para los sectores de salud y educación, el restante puede ser utilizado en otros que considere necesario la Administración distrital como son obras de infraestructura, programas sociales y culturales, entre otros.

Tabla No. 1: Gasto de Inversión por Sectores (millones de pesos)

SECTOR	2012	2013	2014
Educación	170.742	152.218	199.771
Salud	63.153	130.234	86.533
Agua Potable	2.001	30.616	825
Vivienda	1.745	3.076	-
Vías	13.853	13.538	4.077
Otros sectores	63.363	108.335	72.144
Deficit fiscal de vigencias anteriores	155	2.680	1.693
TOTAL	315.012	440.697	367.043

Fuente: Dirección de Apoyo Fiscal y Crédito Público

Es pertinente señalar, que en términos fiscales la disminución en los precios del petróleo tendrá un efecto adverso sobre los ingresos fiscales de la Nación proveniente de menores ingresos tributarios

del sector petrolero y una reducción en los recursos de capital originados por menores dividendos provenientes de Ecopetrol. Resultado de este menor recaudo, el déficit total del Gobierno Nacional Central (GNC) se ampliaría en aproximadamente 1,4 puntos porcentuales del PIB y 0,3 puntos porcentuales adicionales originados en un mayor pago de deuda externa como resultado de la depreciación del tipo de cambio.

Con el fin de cubrir este mayor déficit de 1,7 puntos porcentuales, durante los primeros meses del año el Gobierno realizó un aplazamiento del presupuesto por 0,7% del PIB. Adicionalmente, la reforma tributaria de 2014 incrementará los ingresos fiscales por un monto equivalente a 0,5% del PIB para 2015. A pesar de estos esfuerzos, garantizar un cierre fiscal para 2015 consistente con las demandas de la Regla Fiscal, requerirá eventualmente ajustes adicionales a lo largo de la vigencia. Lo anterior implica que debido al ajuste de gasto la Nación no puede incurrir en compromisos presupuestales como lo propone la iniciativa.

Así las cosas, el Distrito de Cartagena y la Gobernación de Bolívar son autónomos en la ejecución de sus recursos y por ende podrían incluir entre su plan de inversión para los próximos años los proyectos mencionados en el proyecto de ley, sin incurrir en apropiaciones del Presupuesto General de la Nación para tal fin.

Finalmente, en relación con el impacto fiscal de la iniciativa, derivado de la construcción de las obras señaladas en el artículo 4° del proyecto de ley, esta Cartera informa que con los elementos incluidos en el texto no es posible efectuar una cuantificación, teniendo en cuenta que las disposiciones se encuentran redactadas en forma general y amplia.

En virtud de lo expuesto, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público de manera respetuosa se abstiene de emitir concepto favorable a los artículos 1° (declaración de día cívico) y 4° de la presente iniciativa, no sin antes reiterar la voluntad de colaborar con la actividad legislativa en términos de responsabilidad fiscal vigente.

Cordialmente,

MARÍA XIMENA CADENA ORDOÑEZ
Viceministra General (E)
JCPA

Con copia a:

Honorable Representante Pedrito Tomás Pereira Caballero - Autor.

Honorable Senador Julio Miguel Guerra Soto - Ponente.

Honorable Senador Daniel Cabrales Castillo - Ponente.

Doctor Gregorio Eljach Pacheco, Secretario General del Senado de la República, para que obre en el expediente.

UJ-2529-15

CONCEPTO JURÍDICO DEL MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 53 DE 2015 SENADO

por medio de la cual se adiciona un artículo a la Ley 1251 de 2008 y se regula la cuota provisional de alimentos a las personas adultas mayores.

Bogotá, D. C.

Doctor

JESÚS MARÍA ESPAÑA VERGARA

Comisión Séptima Constitucional

Senado de la República

Carrera 7ª N° 8-68

Ciudad

Asunto: Concepto sobre el Proyecto de ley número 53 de 2015 Senado, por medio de la cual se adiciona un artículo a la Ley 1251 de 2008 y se regula la cuota provisional de alimentos a las personas adultas mayores.

Cordial saludo:

Teniendo en cuenta que la iniciativa de la referencia está pendiente de surtir primer debate en esa Corporación, se hace necesario emitir el concepto institucional desde la perspectiva del Sector Salud y Protección Social. Para tal cometido, se toma como fundamento el texto publicado en la *Gaceta del Congreso* número 785 de 2015.

Al respecto, este Ministerio, en ejercicio de las competencias constitucionales y legales que le asisten, en especial las previstas en el inciso 2° del artículo 208 de la Constitución Política y el numeral 3 del artículo 59 de la Ley 489 de 1998, formula las siguientes observaciones:

1. La norma propuesta incorpora la obligación alimentaria a las personas adultas mayores (personas mayores) por parte de sus descendientes.

2. Sobre el particular, es indudable que los grupos que se encuentran en situación de vulnerabilidad resultan proclives a estar sometidos con mayor frecuencia a situaciones de violencia y maltrato. Tal es el caso de las personas de avanzada edad que, por su especial condición, evidencian una debilidad manifiesta y hacen imperioso prestar mayor grado de atención, ya que, de no ser así, casi instintivamente se despliegan micropoderes de sumisión y control que terminan transgrediendo sus derechos. En general, aquellas personas que “salen de la actividad productiva” o no entran a ella en términos formales, son menospreciadas y su sabiduría es trasgredida recurrentemente.

Al respecto, la Corte Constitucional ha indicado:

[...] la protección que el Estado debe brindar a las personas no puede quedar reducida al ámbito de lo público, se extiende también al espacio privado, como lo ordena el artículo 42 de la Carta, según el cual “Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley”.

Dicha protección tiene por objeto, además de garantizar los derechos de los miembros más débiles de

la población (menores, ancianos¹, mujeres), erradicar la violencia de la familia; objetivo en el cual está comprometido el interés general, por ser la familia la institución básica y el núcleo fundamental de la sociedad, y un espacio básico para la consolidación de la paz [...]”^{2, 3}.

A esta situación se suma un incremento del peso de la población con 60 años o más a nivel nacional (10%) lo que, adicionalmente, ha originado una profusión en la regulación con el fin de garantizar su protección pero, además, una consideración específica sobre esa población.

Es así como se han expedido una serie de normas que regulan aspectos relativos o conexos con el bienestar del adulto mayor (o persona de 60 años o más), de las cuales es pertinente evocar:

– Ley 100 de 1993, artículos 257 a 262.

Servicios sociales complementarios.

– Ley 181 de 1995, artículos 3°, 12, 17, 24 y 42.

Ley del Deporte - Recreación.

– Ley 271 de 1996.

Día de la Persona de la Tercera Edad.

– Ley 300 de 1996, artículo 35.

Turismo - Planes y descuentos.

– Ley 400 de 1997, artículos 6° y 7°.

Infraestructura adecuada.

– Ley 687 de 2001.

En los Centros de Bienestar del Anciano, los distritos, los municipios y el departamento tendrán la obligación de prestar servicios de atención gratuita a los ancianos indigentes, que no pernocten necesariamente en los centros, a través de los cuales se garantiza el soporte nutricional, actividades educativas, recreativas, culturales y ocupacionales.

– Ley 700 de 2001.

Protección al pensionado - Cobros mesadas.

– Ley 789 de 2002, artículo 16.

CCF - Programas adulto mayor.

– Ley 1091 de 2006.

¹ “[...] A manera de conclusión tenemos que los adultos mayores y los niños pertenecen al grupo de sujetos de especial protección constitucional y sus derechos deben ser protegidos de manera reforzada por el Estado, porque su situación de debilidad manifiesta los ubica en una posición de desigualdad material con respecto al resto de la población [...]”. **CORTE CONSTITUCIONAL**, Sentencia T-495 de 16 de junio de 2010, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

² No habrá paz mientras no haya unidad familiar. Los individuos que provienen de hogares precedidos por factores de violencia son igualmente inestables en sus comportamientos sociales y consecuente interacción con los demás. Así se puede corroborar en los resultados arrojados por las investigaciones que se han llevado a cabo sobre esta temática. *Cfr. Gaceta del Congreso* número 164, septiembre 29 de 1994. Exposición de motivos del proyecto de ley.

³ **CORTE CONSTITUCIONAL**, Sentencia C-285 de 5 de junio de 1997, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

“Por medio de la cual se reconoce al colombiano y colombiana de Oro”.

– Ley 1171 de 2007.

“Por medio de la cual se establecen unos beneficios a las personas adultas mayores”. Dicha norma enfatiza en la accesibilidad en salud para esta población, a saber:

Artículo 12. *Consultas médicas.* Sin perjuicio de los derechos que les asisten a los niños y a las niñas, las Empresas Promotoras de Salud deberán asignar los servicios de consulta externa médica, odontológica y por médico especialista y apoyos diagnósticos a los afiliados mayores de 62 años dentro de las 48 horas siguientes a la solicitud por parte de estos.

Artículo 13. *Fórmula de medicamentos.* Cuando la Entidad Promotora de Salud no suministre de manera inmediata los medicamentos formulados que estén incluidos en el Plan Obligatorio de Salud a las personas mayores de 62 años, deberá garantizar su entrega en el domicilio del afiliado dentro de las 72 horas siguientes, salvo si esta es de extrema urgencia a la solicitud por parte de este.

Parágrafo. La Superintendencia Nacional de Salud vigilará el cumplimiento de las disposiciones establecidas en los artículos 12 y 13 e impondrá las sanciones a que haya lugar de conformidad con el ámbito de sus competencias.

Adicionalmente, la norma aludida trae condiciones especiales para el acceso a espectáculos públicos, transporte, turnos, atención jurídica, pago de pensiones y descuentos para el acceso a ciertas actividades.

– Ley 1251 de 2008.

“Por la cual se dictan normas tendientes a procurar la protección, promoción y defensa de los derechos de los adultos mayores”.

– Ley 1315 de 2009.

“Por medio de la cual se establecen las condiciones mínimas que dignifiquen la estadía de los adultos mayores en los centros de protección, centros de día e instituciones de atención”.

A pesar de esta normatividad, existe un punto controversial y es la obligación hacia los ascendientes, pues la legislación ha desarrollado específicamente la obligación frente a los descendientes. El cambio generacional y el incremento de la esperanza de vida ocasionan una nueva dimensión del tema.

3. Ahora bien, en torno a la obligación alimentaria, la Corte Constitucional ha enfatizado:

[...] Conforme lo ha sostenido esta Corporación⁴ el derecho de alimentos es aquel que le asiste a una persona para reclamar de quien está obligado legalmente a darlos, lo necesario para su subsistencia; cuando no está en capacidad de procurársela por sus propios medios. Así, la obligación alimentaria está en cabeza de la persona que por ley, debe sacrificar parte de su propiedad con el fin de garantizar la supervivencia y desarrollo del acreedor de los alimentos [...].

⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-919 de 29 de agosto de 2001, M. P. Jaime Araújo Rentería.

[...] En la Sentencia C-919 de 2001⁵ se hicieron las siguientes consideraciones sobre el derecho a los alimentos:

“El Código Civil reconoce y reglamenta ese derecho que le asiste a ciertas personas para exigir de otras el suministro de lo necesario para vivir, cuando ellas mismas no tienen ni la capacidad ni los medios para procurárselo por sí mismas. Esta obligación supone, como cualquiera otra, la existencia de una situación de hecho que, por estar contemplada en una norma jurídica, genera consecuencias en el ámbito del derecho⁶. Los alimentos pueden clasificarse en: voluntarios, esto es, aquellos que se originan por un acuerdo entre las partes o una decisión unilateral de quien los brinda; y legales, es decir, aquellos que se deben por ley. Estos, a su vez, se clasifican en congruos y necesarios. Los primeros son “los que habilitan al alimentado para subsistir modestamente de un modo correspondiente a su posición social”, y los segundos, los que “le dan lo que basta para sustentar la vida” (artículo 413 del Código Civil) [...].

[...] Ahora bien, para poder reclamar alimentos, es necesario que se cumplan estas condiciones:

– Que una norma jurídica otorgue el derecho a exigir los alimentos;

– Que el peticionario carezca de bienes y, por tanto, requiera los alimentos que solicita;

– Que la persona a quien se le piden los alimentos tenga los medios económicos para proporcionarlos.

A nivel procesal, es menester demostrar el parentesco o la calidad de acreedor del derecho de alimentos según las normas aplicables; dirigir la demanda contra la persona obligada a dar alimentos y, por último, probar que se carece de bienes de tal forma que no puede asegurarse su subsistencia”.

Entre las características que la jurisprudencia constitucional ha reconocido a la obligación alimentaria se tienen las siguientes⁷:

a) La obligación alimentaria no es una que difiera de las demás de naturaleza civil, por cuanto presupone la existencia de una norma jurídica y una situación de hecho, contemplada en ella como supuesto capaz de generar consecuencias en derecho;

b) Su especificidad radica en su fundamento y su finalidad, pues la obligación alimentaria aparece en el marco del deber de solidaridad que une a los miembros más cercanos de una familia, y tiene por finalidad la subsistencia de quienes son sus beneficiarios;

c) El deber de asistencia alimentaria se establece sobre dos requisitos fundamentales: i) la necesidad del beneficiario, y ii) la capacidad del obligado, quien debe ayudar a la subsistencia de sus parientes, sin que ello implique el sacrificio de su propia existencia;

d) la obligación de dar alimentos y los derechos que de ella surgen tiene unos medios de protección efectiva, por cuanto el ordenamiento jurídico contiene

⁵ M. P. Jaime Araújo Rentería.

⁶ Ver Sentencias C-237 de 1997, M. P. Carlos Gaviria Díaz, y C-1064 de 2000, M. P. Alvaro Tafur Galvis.

⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-237 de 20 de mayo de 1997, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

ne normas relacionadas con los titulares del derecho, las clases de alimentos, las reglas para tasarlos, la duración de la obligación, los alimentos provisionales [...]; el concepto de la obligación, las vías judiciales para reclamarlos, el procedimiento que debe agotarse para el efecto [...] y el trámite judicial para reclamar alimentos para mayores de edad [...] todo lo cual permite al beneficiario de la prestación alimentaria hacer efectiva su garantía, cuando el obligado elude su responsabilidad.

A partir de las anteriores consideraciones se ha concluido que cada persona debe velar por su propia subsistencia y por la de aquellos a quienes la ley le obliga, ello con fundamento en el principio de solidaridad, según el cual los miembros de la familia tienen la obligación de procurar la subsistencia a aquellos integrantes de la misma que no están en capacidad de asegurársela por sí mismos.

Por ello, la obligación alimentaria tiene su fundamento tanto en el principio constitucional de la solidaridad⁸, del cual se derivan obligaciones y cargas susceptibles de ser reclamados coercitivamente y con el apoyo del Estado, como del principio de equidad, en la medida en que “cada miembro es obligado y beneficiario recíprocamente”^{9, 10}.

A propósito de lo anterior el Código Civil determina en su artículo 411 a quién se deben alimentos y el mismo, con los ajustes realizados, consagra:

ARTÍCULO 411. <TITULARES DEL DERECHO DE ALIMENTOS>. <Apartes tachados INEXEQUIBLES>. Se deben alimentos:

1°) <Numeral **CONDICIONALMENTE** exequible> Al cónyuge¹¹.

2°) A los descendientes¹².

3°) A los ascendientes.

4°) <Numeral modificado por el artículo 23 de la Ley 1ª de 1976. El nuevo texto es el siguiente:> A cargo del cónyuge culpable, al cónyuge divorciado o separado de cuerpo sin su culpa.

5°) <Numeral modificado por el artículo 31 de la Ley 75 de 1968. El nuevo texto es el siguiente:> A los hijos naturales, su posteridad y a los nietos naturales.

6°) <Numeral modificado por el artículo 31 de la Ley 75 de 1968. El nuevo texto es el siguiente:> A los Ascendientes Naturales.

⁸ **CORTE CONSTITUCIONAL**, Sentencias C-174 de 1996, M. P. Jorge Arango Mejía, C-237 de 1997, M. P. Carlos Gaviria Díaz y C-657 de 1997, M. P. José Gregorio Hernández Galindo, entre otras.

⁹ **CORTE CONSTITUCIONAL**, Sentencia C-237 de 1997 de 20 de mayo de 1997, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

¹⁰ **CORTE CONSTITUCIONAL**, Sentencia C-1033 de 27 de noviembre de 2002, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

¹¹ Mediante Sentencia C-1033 de 27 de noviembre de 2002 (citada) se indica que ha de incluirse a los compañeros permanentes y a través de la Sentencia C-029 de 28 de enero de 2009, M. P. Rodrigo Escobar Gil, a la pareja del mismo sexo.

¹² Se eliminaron las expresiones de legitimidad tanto en descendientes y ascendientes, mas no frente a los hermanos. *Cfr.* **CORTE CONSTITUCIONAL**, Sentencia C-105 de 10 de marzo de 1994, M. P. Jorge Arango Mejía.

7°) A los hijos adoptivos.

8°) A los padres adoptantes.

9°) A los hermanos **legítimos**.

10) Al que hizo una donación cuantiosa si no hubiere sido rescindida o revocada.

La acción del donante se dirigirá contra el donatario.

No se deben alimentos a las personas aquí designadas en los casos en que una ley se los niegue.

Esto origina un espectro de protección que trasciende el ámbito civil. Además de que se trata de un derecho fundamental¹³, se encuentra tipificado como una conducta punible, artículo 233 del Código Penal¹⁴, modificado por el artículo 1° de la Ley 1181 de 2007¹⁵. La obligación alimentaria trasciende el deber de solidaridad y titulariza en ciertos sujetos el compromiso frente a quienes, por sus circunstancias específicas, requieren de ese apoyo.

4. Frente a las normas propuestas, se destaca que la determinación del sujeto como adulto mayor es, conforme a las Leyes 1251 de 2008 (artículo 3°) y 1315 de 2009 (artículo 2°), la persona que cuenta con sesenta (60) años de edad o más, identificada como persona mayor.

Ahora bien, sin perjuicio del soporte existente, las reglas contenidas respecto de la obligación pueden entrar en pugna y tensión con la alimentación debida a los hijos en la medida que se establece que el padre o la madre ocuparán el lugar de un hijo. Ello puede reñir con la regla que trae el Código Civil en materia de prelación, esto es, a quién se puede pedir alimentos según la legislación Civil:

ARTÍCULO 416. <ORDEN DE PRELACIÓN DE DERECHOS>. El que para pedir alimentos reúna varios títulos de los expresados en el artículo 411, sólo podrá hacer uso de uno de ellos, observando el siguiente orden de preferencia:

En primer lugar, el que tenga según el inciso 10¹⁶.

En segundo, el que tenga según los incisos 1° y 4°¹⁷.

En tercero, el que tenga según los incisos 2° y 5°¹⁸.

En cuarto, el que tenga según los incisos 3° y 6°¹⁹.

¹³ *Cfr.* **CORTE CONSTITUCIONAL**, Sentencia T-1275 de 19 de diciembre de 2008, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

¹⁴ *Cfr.* **CORTE CONSTITUCIONAL**, Sentencias C-247 de 16 de marzo de 2004, M. P. Álvaro Tafur Galvis, que amplió la protección a los menores de 18 años, C-016 de 20 de enero de 2004, M. P. Álvaro Tafur Galvis, en relación con el cónyuge. En cuanto al tipo penal como tal, *Cfr.* Sentencia C-984 de 13 de noviembre de 2002, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹⁵ Esto se extendió a la obligación alimentaria en las parejas del mismo sexo. *Cfr.* **CORTE CONSTITUCIONAL**, Sentencia C-798 de 20 de agosto de 2008, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

¹⁶ Al que hizo una donación cuantiosa si no hubiere sido rescindida o revocada.

¹⁷ Al cónyuge, compañero permanente o pareja del mismo sexo y cónyuge culpable de divorcio.

¹⁸ Descendientes, hijos naturales y su posteridad, así como los nietos naturales.

¹⁹ Ascendientes.

En quinto, el que tenga según los incisos 7° y 8°²⁰.

El del inciso 9 no tendrá lugar sino a falta de todos los otros.

Entre varios ascendientes o descendientes debe recurrirse a los de próximo grado.

Solo en el caso de insuficiencia del título preferente podrá recurrirse a otro.

De acuerdo con esta norma, los padres estarían en el cuarto nivel de prelación y, según lo estipulado en la misma, se debería surtir el trámite en cada orden y solo en caso de insuficiencia se puede acudir al otro. Al respecto, se ha señalado:

[...] El artículo 416 del Código Civil regula entonces el orden de preferencia para hacer exigible la obligación de dar alimentos, pero solo cuando una misma persona reúna varios títulos. En este caso, el acreedor solo la puede hacer exigible frente a uno de los obligados, siguiendo el orden de preferencia allí establecido. No consagra, como lo afirman los demandantes, el orden en que los diferentes titulares del derecho deben pedir los alimentos, privilegiando al donante sobre los menores, sino el orden en que se debe exigir el cumplimiento de la obligación, cuando una misma persona reúne varios títulos de los señalados en el artículo 411. Así, cuando se ostenta más de una de las calidades señaladas en tal precepto, se puede invocar el derecho siguiendo la prelación que establece el artículo 416, de modo que, si se es donante, se acude primero al donatario; de ser insuficiente este título porque el obligado carece de los medios para satisfacer las necesidades del alimentario, se recurre al cónyuge, si se tiene tal calidad. Si este título también resulta insuficiente, se les exigen alimentos a los descendientes más cercanos. A falta de estos, a los ascendientes de próximo grado y, como última opción, a los hermanos legítimos.

La norma acusada consagra pues el orden en que se deben RECLAMAR los alimentos, y no a quiénes se DEBEN estos, como erradamente lo afirman los actores. En este orden de ideas, la persona que tiene una sola calidad o título para exigir alimentos debe dirigirse contra la persona obligada a brindárselos según el artículo 411, sin que nada obste para ello, como es el caso del menor, cuando solo tiene el título de descendiente, de tal forma que, en este caso, debe pedir alimentos a sus padres o ascendientes más cercanos, situación que la norma demandada no desconoce.

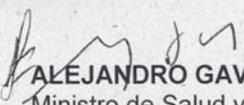
A la luz de estas consideraciones, la Corte no encuentra reparo alguno en el orden de preferencia de títulos que consagra la disposición demandada, pues en ningún momento quedan desprotegidos los derechos de los menores, quienes, en cualquier momento, pueden alegar el título que tengan para hacer efectivo el derecho a recibir alimentos frente a los obligados a dárselos [...]²¹.

Un tema de tensión estaría en los elementos debidos a los hijos, sobre los que existe un interés su-

perior, y aquellos que se deberían, coetáneamente a los padres. Sin perjuicio de reconocer la obligación alimentaria con los padres, es relevante permitir un grado de apreciación por parte del juez de forma tal que no se sacrifique, del todo, ese interés superior y, además, prevalente.

En estos términos, se presenta la posición del Ministerio de Salud y Protección Social en lo relativo a la iniciativa legislativa de la referencia. Se aclara que la protección a la población mayor es un valor socialmente importante que debe tener correspondencia desde el punto de vista correctivo, sin detrimento de que se adopten medidas en el plano de la construcción de un imaginario que permita entronizar esos valores en todos los espacios de la sociedad.

Atentamente,



ALEJANDRO GAVIRIA URIBE
Ministro de Salud y Protección Social

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

Bogotá, D. C., a los diez (10) días del mes de diciembre del año dos mil quince (2015)

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

CONCEPTO DEL “Ministerio de Salud y Protección Social”.

REFRENDADO POR *Alejandro Gaviria Uribe*.

AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 53 DE 2015 SENADO

TÍTULO DEL PROYECTO: *por medio de la cual se adiciona un artículo a la Ley 1251 de 2008 y se regula la cuota provisional de alimentos a las personas adultas mayores.*

NÚMERO DE FOLIOS: DIEZ (10).

RECIBIDO EN LA SECRETARÍA DE LA COMISIÓN SÉPTIMA DEL SENADO EL DÍA: Martes quince (15) de diciembre de 2015

HORA: 2:05 p. m.

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

El Secretario,



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

²⁰ Hijos adoptivos y padres adoptantes.

²¹ **CORTE CONSTITUCIONAL**, Sentencia C-919 de 29 de agosto de 2001, M. P. Jaime Araújo Rentería.

CONCEPTO JURÍDICO DE LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 60 DE 2015 SENADO, 159 DE 2014 CÁMARA

por la cual se dictan normas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción transnacional y se dictan otras disposiciones en materia de lucha contra la corrupción.

050000

Honorable Senador

CARLOS FERNANDO MOTOA SOLARTE

Carrera 7 número 8-68 Oficina 223

Edificio Nuevo del Congreso

Bogotá, D. C.

Referencia: 2015120897-002

114 Solicitud de presentación

39 Respuesta final

Sin anexos

Estimado Senador:

De manera atenta nos permitimos dar respuesta a su comunicación de la referencia en la que solicita concepto por parte de la Superintendencia Financiera de Colombia (en adelante "SFC") en relación con el Proyecto de ley número 60 de 2015 Senado, 159 de 2014 Cámara, *por la cual se dictan normas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción transnacional y se dictan otras disposiciones en materia de lucha contra la corrupción*, específicamente en lo que tiene que ver con la unificación de competencias en cabeza de la Superintendencia de Sociedades en materia de inspección, vigilancia y control, respecto de todas las personas jurídicas que incurran en actos de corrupción transnacional.

El proyecto de ley en comento busca, en términos generales, establecer disposiciones con el fin de regular la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas que por medio de uno o varios de sus agentes den, ofrezcan o prometan a un servidor público extranjero dádivas a cambio de que este realice, omita o retarde cualquier acto relacionado con el ejercicio de sus funciones o en relación con un negocio o transacción internacional.

Para lo anterior se establece en el proyecto de ley, entre otros, que la Superintendencia de Sociedades sea la autoridad administrativa competente para investigar y sancionar las conductas descritas en el artículo 2° de la iniciativa.

Sea lo primero indicar que la SFC no tiene observaciones frente al hecho de que sea la Superintendencia de Sociedades la autoridad administrativa en la que se atribuya la competencia exclusiva para el ejercicio de la materia sancionatoria que acá nos ocupa, teniendo en cuenta que las diferentes recomendaciones de la OCDE se encaminan a la necesidad de que sea una sola autoridad la que se encuentre encargada de su-

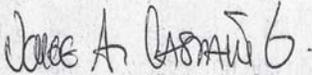
pervisar la corrupción transnacional, aunado al hecho de que la facultad de la Superintendencia de Sociedades frente a las entidades vigiladas por la SFC se refiere única y exclusivamente a las conductas de corrupción transnacional, sin modificar en ningún momento con las que actualmente cuenta la SFC, y teniendo en cuenta que la Superintendencia de Sociedades es la llamada a liderar los programas de transparencia empresarial y los mecanismos internos de anticorrupción, prevención y auditoría.

Por su parte, observamos que en el texto propuesto para cuarto debate¹ fue incluido en el párrafo del artículo quinto que la Superintendencia de Sociedades deberá remitir a la SFC copia del acto administrativo por medio del cual se impone la sanción para su inscripción en el registro correspondiente, a fin de que la información de la sanción se refleje en el certificado de existencia y representación legal. Frente a ello, resulta pertinente poner en conocimiento que actualmente los certificados de existencia y representación legal que expide la SFC de conformidad con lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 53 y en el numeral 2 del artículo 74 del EOSF no prevén la inclusión de información sobre sanciones que impone esta Superintendencia en ejercicio de sus funciones, ya que el método dispuesto para la publicidad de las sanciones es a través de la consulta por medio de un *link* en la página web de la entidad. Asimismo, tampoco se contemplan en los mencionados certificados las sanciones que imponen otras entidades que tienen competencia para imponer sanciones a nuestras vigiladas, como es el caso del Autorregulador del Mercado de Valores, entre otros.

Así las cosas, sugerimos que en el proyecto de ley se establezca que las sanciones impuestas por la Superintendencia de Sociedades relacionadas única y exclusivamente a las conductas de corrupción transnacional sean publicitadas de acuerdo con los mecanismos que cada Superintendencia tenga establecidos para tal fin.

De conformidad con los argumentos anteriormente expuestos, damos respuesta a su requerimiento de concepto institucional frente a la iniciativa en comento.

Cordialmente,



JORGE CASTAÑO GUTIÉRREZ
Superintendente Financiero de Colombia (E)

c.c.

Yesid Reyes Alvarado, Ministro de Justicia y del Derecho - Autor.

Honorable Senador Horado Serpa Uribe - Ponente

Gregorio Eljach Pacheco, Secretario General Senado de la República, para que obre dentro del expediente.

¹ *Gaceta del Congreso* número 994 de 30 de noviembre de 2015.

CONCEPTO JURÍDICO DE LA CENTRAL UNITARIA DE TRABAJADORES DE COLOMBIA AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 018 DE 2015 SENADO

por la cual se promueve el acceso al trabajo para personas con discapacidad y se dictan otras disposiciones.

Y EL PROYECTO DE LEY NÚMERO 011 DE 2015 SENADO

por medio de la cual se establecen medidas de protección para personas en condición de discapacidad y se dictan otras disposiciones.

Bogotá, D. C., 17 de diciembre de 2015

Honorables

SENADORES DE LA REPÚBLICA

Congreso de la República

Bogotá, D. C.

Respetados Senadores:

La Central Unitaria de Trabajadores de Colombia (“CUT”), preocupada por los derechos laborales y sociales y atendiendo las inquietudes formuladas por sus organizaciones sindicales afiliadas, en relación a los **Proyectos de ley número 018 de 2015 Senado, por la cual se promueve el acceso al trabajo para personas con discapacidad y se dictan otras disposiciones** y el **Proyecto de ley número 011 de 2015 Senado, por medio de la cual se establecen medidas de protección para personas en condición de discapacidad y se dictan otras disposiciones**, al respecto se permite hacer los siguientes comentarios:

Los anteriores proyectos desconocen los artículos 1º, 20, 40 y 93 de la Constitución Política que consagran el principio de la participación de toma de decisiones por parte de quienes son afectados por una política pública. Adicionalmente, consideramos que la falta de inclusión de las organizaciones sindicales en la creación de dicha política pública, transgrede el pilar fundamental de la democracia participativa establecida en la Constitución, en el Convenio 144 de la OIT y la Ley 278 de 1996.

De otro lado el Senado de la República estudia dos proyectos de ley los cuales están dirigidos a establecer medidas que se aplicarán a las personas con discapacidad. Este documento señala, en primer lugar, un aspecto común a los dos proyectos, el cual es el más preocupante de toda la reforma sobre la derogación de garantías de permanencia al trabajo de las personas con discapacidad. Posteriormente, establece los aspectos más relevantes que dichos proyectos han dejado de lado respecto de los estándares internacionales adoptados por Colombia sobre el tema. Finalmente, hay comentarios en –control de cambios– que la CUT resalta como elementos obligatorios para la discusión de las normas señaladas.

Derogación de garantías en favor de las personas con discapacidad

La Ley 361 de 1997 establece un fuero especial o estabilidad reforzada para los casos en los cuales un empleador quiera despedir a un trabajador en condición de discapacidad. La ley señala que, si un empleador quiere despedir a una persona con discapacidad,

debe radicar primero una solicitud ante el Ministerio de Trabajo, incluso si el despido es por justa causa; norma que reforzó un fallo de la Corte Constitucional, que obliga al reintegro inmediato del trabajador en caso de que el empleador no haya hecho esa solicitud previa y esperado la autorización del inspector.

El Proyecto de ley número 018 deroga esta garantía (numeral 2 artículo 4º). Señalan los defensores de la propuesta que esta protección ha generado renuencia de los empleadores a contratar mayor cantidad de personas en estas condiciones. Según los datos del Ministerio del Trabajo, en Colombia hay 2.630.000 personas con discapacidad, de las cuales solo 133.000 trabajan. Sin embargo, no existe ningún estudio que haya analizado las causas de este bajísimo nivel de empleo. Un estudio analítico de este contexto debería entender quiénes son las personas en estas condiciones, cuántos de ellos son aptos para desempeñar funciones laborales, sus necesidades, habilidades y destrezas, y, como consecuencia, poder dirigir una política coherente y a largo plazo.

En la práctica, el actual fuero no obliga a la inmovilidad del trabajador; se trata de un mecanismo para que un tercero imparcial –inspector del trabajo– evidencie que no se trata de un despido motivado por las especiales condiciones del trabajador. Se trata de un procedimiento administrativo y expedito, según el cual, si el inspector no encuentra los motivos discriminatorios, la justa causa opera al igual que cualquier otro tipo de trabajador. Esto significa que los trabajadores con discapacidad no tienen libertad para cometer faltas en su trabajo; solamente que el Estado ejerce un control previo para evitar un perjuicio grave sobre una persona catalogada constitucionalmente como vulnerable y merecedora de una especial protección. En este sentido, no existen justificaciones válidas para desamparar a los trabajadores y, por tanto, este artículo debería desaparecer de la pretendida reforma.

En el mismo sentido, el **Proyecto de ley número 011 (artículo 19)** adiciona una nueva condición para el pago de la indemnización que procede por despido de un trabajador en condiciones de discapacidad. Según el proyecto, la indemnización procederá no solamente en los casos en los que haya habido despido discriminatorio, sino que deberá probarse que no hubo justa causa de las contempladas en el Código Sustantivo del Trabajo. La sanción actualmente contenida en la norma está dirigida a castigar el despido abusivo e incitar a los empleadores a no hacerlo so pena de un extracargo en caso de reintegro. El proyecto de ley mencionado obliga a dos condiciones para que proceda la indemnización: (i) mediar una justa causa de las contempladas en el Código Sustantivo del Trabajo y (ii) el despido debe ser motivado en razón a su limitación.

Estas modificaciones van en contra de los derechos y las garantías de las personas con discapacidad y, por tanto, deberían ser borrados de esta reforma.

Omisiones esenciales de los proyectos

El Gobierno colombiano no tiene una política de empleo y apoyo a las necesidades de las personas en condición de discapacidad. Las estadísticas sobre las condiciones en las que viven y trabajan en Colombia son muy pocas y no se han traducido en una mejoría de la situación. Las reformas, aunque señalan los

marcos normativos, no incluyen elementos esenciales que harían una diferencia cualitativa. De acuerdo con su experiencia sobre trabajo y empleo, la CUT señalará los aspectos más relevantes que no fueron abordados por los proyectos de ley y que pondrían a Colombia en el camino del cumplimiento de los objetivos de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Ley 1346 de 2009):

El Proyecto de ley número 11 establece algunas medidas dirigidas a promover la orientación técnica y vocacional de las personas con discapacidad. Sin embargo, el Estado aún está en mora de ofrecer un verdadero servicio de colocación y formación profesional y continua, que involucre programas de rehabilitación vocacional y profesional, mantenimiento del empleo y reincorporación al trabajo dirigidos a personas con discapacidad.

Ausencia de expresa protección de las personas en situación de discapacidad en las normas laborales sobre igualdad de condiciones, condiciones de trabajo justas y favorables, igualdad de oportunidades y de remuneración por trabajo de igual valor, condiciones de trabajo seguras y saludables y protección contra el acoso laboral.

La ley y las reformas no contienen ninguna previsión dirigida a promover oportunidades empresariales para personas con discapacidad, de empleo por cuenta propia, de constitución de cooperativas o de inicio de empresas propias.

La Ley Estatutaria número 1618 de 2013 en el artículo 13 prevé la estructuración de una política pública de inclusión laboral en cabeza del Ministerio del Trabajo y el Sena. Por su parte, el Proyecto de ley número 011 adjudica específicas obligaciones al respecto al Ministerio de Educación y al Sena. La reforma debería unificar estos mandatos legislativos de manera que se establezcan con claridad que el Ministerio estará encargado de dicha política; la forma de coordinación con las otras entidades del Estado, especialmente el Sena, y el seguimiento al cumplimiento de sus resultados.

Se hace indispensable la creación de un sistema estadístico que brinde datos confiables y actualizados sobre las personas con discapacidad, su estrato social, los beneficiarios de las medidas establecidas por el Estado, las necesidades requeridas. En el escenario de posconflicto que se avecina en Colombia, muchas personas aún no identificadas en los registros podrán aparecer y es deber del Estado velar por la inclusión y la garantía de sus derechos.

Comentarios a los proyectos de ley en Senado

En este apartado, la CUT elaboró comentarios específicos señalados en colores sobre las dos propuestas legislativas.

Proyecto de ley número 018 de 2015 Senado

“por la cual se promueve el acceso al trabajo para personas con discapacidad y se dictan otras disposiciones”.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1°. Objeto. El objeto de esta ley es establecer medidas de protección laboral en favor de las

personas que padecen algún tipo de discapacidad física.

Artículo 2°. Adiciónese al TÍTULO III “CONTRATO DE TRABAJO CON DETERMINADOS TRABAJADORES”, de la PARTE PRIMERA del CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO, un Capítulo VII, integrado por cuatro artículos, con el siguiente contenido:

CAPÍTULO VII PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Artículo 3°. Adiciónese al Código Sustantivo del trabajo lo siguiente: Artículo 103A. Protección especial al trabajador con discapacidad. En ningún caso la discapacidad de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha discapacidad sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar.

Artículo 4°. Adiciónese al Código Sustantivo del Trabajo lo siguiente: Artículo 103B. Terminación del contrato de trabajador con discapacidad. Los contratos de trabajo se rigen por las normas del presente Código y las que lo adicionan y modifican. Para la terminación del contrato de un trabajador con discapacidad, se adicionan las siguientes reglas.

Ninguna persona con discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la Oficina de Trabajo.

Sin perjuicio de lo establecido en el numeral anterior, no se requerirá autorización por parte del Ministerio del Trabajo, cuando el trabajador con discapacidad incurra en alguna de las causales establecidas en la ley como justas causas para dar por terminado el contrato.

2. Para la terminación del contrato de trabajador con discapacidad siempre se garantizará el derecho al debido proceso, teniendo en todo momento en cuenta la discapacidad de trabajador, **se adiciona: y su derecho a conocer y comprender completamente las normas que lo protegen.**

Notas: Texto en morado se suprime.

Texto en vinotinto se adiciona.

Artículo 5°. Adiciónese al Código Sustantivo del Trabajo lo siguiente: Artículo 103C. Protección de personas con discapacidad en casos de despidos colectivos de trabajadores. Cuando el empleador considere que necesita hacer despidos colectivos de trabajadores, o terminar labores, parcial o totalmente, por causas distintas a las previstas en el artículo 61, numeral 1o, literal d) de este Código, los trabajadores con discapacidad no serán despedidos a menos que la discapacidad sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en cualquier otro puesto a cargo del empleador.

Parágrafo. El Ministerio del Trabajo, en el marco del procedimiento de autorización de despidos colectivos, verificará el cumplimiento de este artículo.

Artículo 6°. Adiciónese al Código Sustantivo del Trabajo lo siguiente: Artículo 103D. Ajustes razonables. El empleador procurará realizar los ajustes

razonables en el lugar trabajo con el fin de que los trabajadores con discapacidad puedan acceder y mantener su trabajo. Los empleadores que lleven a cabo ajustes razonables podrán descontar hasta un 150%⁽¹⁾ del costo de los ajustes razonables del impuesto de renta del año gravable en el cual se llevó cabo el ajuste razonable. El Gobierno nacional reglamentará.

Artículo 7°. Modifíquese el artículo 31 de la Ley 361 de 1997, el cual quedará así:

Artículo 31. Los empleadores que ocupen trabajadores con discapacidad certificada y que estén obligados a presentar declaración de renta y complementario, tienen derecho a deducir de la renta el 200% del valor de los salarios y prestaciones sociales pagados durante el año o período gravable a los trabajadores con discapacidad, mientras esta subsista.

Parágrafo. La cuota de aprendices que está obligado a contratar el empleador se disminuirá en un 50%, si los contratados por este último son personas con discapacidad comprobada.

Artículo 8°. Vigencia y derogatoria. Derógase el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y las demás disposiciones que le sean contrarias. La presente ley rige a partir de su sanción y promulgación y modifica el Código Sustantivo del Trabajo.

PROYECTO DE LEY NÚMERO 011 DE 2015
SENADO

por medio de la cual se establecen medidas de protección para personas en condición de discapacidad y se dictan otras disposiciones.

El Congreso de la República de Colombia

DECRETA:

CAPÍTULO I

Alcance

Artículo 1°. Objeto. La presente ley busca subsanar las debilidades normativas que aún generan barreras para el acceso de la población en condiciones de discapacidad al goce pleno de sus derechos y libertades, de tal manera que la segregación social que puedan padecer sea efectivamente eliminada.

Artículo 2°. Para los efectos de la presente ley, se entenderá por personas en condición de discapacidad, aquellas que al nacer o en el transcurso de su vida adquieren deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales de largo plazo, que al interactuar con diversas barreras les impiden participar plena y efectivamente dentro de la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás, de conformidad, con lo establecido en la “Convención sobre los Derechos de Personas con Discapacidad”, aprobada por Colombia mediante la Ley 1346 de 2009.

Artículo 3°. La toda persona condición de discapacidad, deberá ser certificada identificada como

¹ (1) El artículo 31 de la Ley 361 de 1997 establece que tienen derecho a deducir de la renta el 200% del valor de los salarios y prestaciones sociales pagados, durante el año o período gravable a los trabajadores en situación de discapacidad. En el caso de los ajustes razonables será del 150%; ¿existe alguna consideración para que no se otorgue el mismo porcentaje?

tal por parte del médico tratante de la EPS, con el fin de facilitar el acceso a subsidios, prestaciones, planes, programas, y proyectos públicos, como privados que los beneficien. El gobierno reglamentará esta materia.

Parágrafo. La determinación del estado de condición de discapacidad se expedirá por parte del médico tratante de la EPS. En todo caso la persona sobre la cual sea determinada la condición de discapacidad, podrá acudir a una segunda instancia que para todos los efectos podrá ser la Junta médica que conforme la EPS, la Junta Calificadora Nacional o la Regional.

Notas: Texto en morado se suprime.

Texto en vinotinto se adiciona.

CAPÍTULO II

Sobre beneficios de retiro y pensiones

Artículo 4°. Toda persona en condición de discapacidad podrá ser beneficiaria de hasta dos pensiones, siempre y cuando la suma de ellas cada una de ellas no supere el valor de 2 Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes. Se accederá al derecho siempre y cuando la discapacidad haya sido adquirida antes del fallecimiento del cotizante. En estos casos, el valor de las dos pensiones acumuladas será de máximo 2 SMLV.

Parágrafo 1°. El beneficio anterior se establecerá para personas que cotizan sobre el salario mínimo, tanto para empleados como para trabajadores independientes.

Parágrafo 2°. Lo establecido en este artículo aplica para el Régimen pensional de Prima Media con Prestación Definida, y al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. En este último, no procederá la restricción establecida en el artículo 84 de la Ley 100 de 1993 y sus normas reglamentarias.

Notas: Texto en morado se suprime.

Texto en vinotinto se adiciona.

Capítulo III

Sobre los programas de apoyo

Artículo 5°. El Gobierno implementará conjuntamente con el ICBF Centros de apoyo día para la población en condición de discapacidad, sin límite de edad, especialmente para población multiimpedida.

Artículo 6°. Las Cajas de Compensación Familiar deberán contar con programas de cobertura, para personas en condición de discapacidad de todas las edades, incluidos adultos mayores.

Artículo 7°. Los Institutos de Recreación y Deporte del país, definirán, en todas las zonas de recreación públicas, elementos de inclusión para la población en condición de discapacidad. Coldeportes, realizará el control y seguimiento del cumplimiento de esta obligación.

Artículo 8°. Se creará un subsidio de apoyo en salud, para la población en condición de discapacidad que está imposibilitada en el acceso a los servicios

prioritarios de salud, por razón de su ubicación geográfica, debilidad económica o necesidad de acompañamiento.

Parágrafo 1°. El subsidio será establecido para ciudadanos en condición de discapacidad de los niveles 1, 2 y 3 del Sisbén, que no perciban ninguna clase de ayuda por parte del Estado, y que demuestren no tener ingresos superiores a **un** SMLV.

Parágrafo 2°. El Gobierno establecerá el monto del subsidio, de acuerdo a la necesidad de transporte y traslado promedio de la población en condición de discapacidad, y asimismo determinará la forma en que este será entregado.

Notas: Texto en vinotinto se adiciona.

Artículo 9°. Todos los organismos de control, y los entes judiciales, garantizarán dependencias específicas, de atención **prioritaria** a la población en condición de discapacidad, a fin de que esta población reciba una atención **oportuna y expedita más pronta e inmediata** de sus quejas o denuncias.

Notas: Texto en morado se suprime.

Texto en vinotinto se adiciona

CAPÍTULO IV

Sobre cuotas para personas en condición de discapacidad, capacitación, educación y emprendimiento

Artículo 10. Las Universidades Públicas, Privadas y el Sena, destinarán al menos el 1% de los cupos específicamente para personas en condición de discapacidad, sin desmedro de las exigencias académicas de dichas Instituciones.

Parágrafo. Para el financiamiento de este programa, se contará con recursos que aporten la Nación, los Departamentos, los Municipios y el Icetex. El gobierno reglamentará dicha materia.

Artículo 11. El Ministerio de Educación Nacional garantizará que los principios de inclusión del reconocimiento a población en condición de discapacidad, hagan parte de los programas de formación a docentes ofertados en el país.

Artículo 12. Las Secretarías de Educación y el Sena, llevarán a cabo programas permanentes de capacitación dirigida a docentes, en procesos de inclusión educativa y/o pedagogía terapéutica de la población en condición de discapacidad; los cuales serán objeto de puntaje para el ascenso de escalafón docente.

Artículo 13. El Ministerio de Educación Nacional definirá los mecanismos para incentivar la formación de profesionales en Educación Especial, o la especialización de docentes en dicha materia, a fin de que estos aporten sus conocimientos en la atención e inclusión de las personas en condición de discapacidad dentro de las aulas regulares.

Parágrafo. El Ministerio de Educación Nacional se encargará de disponer de un mínimo importante de educadores capacitados en atención e inclusión de población en condición de discapacidad, dentro de las Instituciones regulares, en concordancia específica de las necesidades mínimas de cada Institución.

Artículo 14. El Gobierno nacional a través de Colciencias, el Sena y las entidades de educación técnica o superior promoverá y financiará la investigación de iniciativas nacionales, para el desarrollo efectivo de tecnologías que beneficien la calidad de vida de la población en condición de discapacidad. Asimismo, establecerá los mecanismos económicos para que las tecnologías que surjan de estas investigaciones, se puedan financiar para su comercialización en el país.

Artículo 15. El Gobierno nacional, establecerá un subsidio académico específico para la formación en investigación o terapia enfocada en la rehabilitación y tratamiento de condiciones discapacitantes permanentes, a fin de estimular la preparación de profesionales en dichas áreas.

Artículo 16. Las Secretarías de Educación o quien haga sus veces, dispondrá que las Instituciones de Educación adapten sus infraestructuras al reconocimiento de las condiciones de discapacidad de los estudiantes en condición de discapacidad con los que cuenta, lo cual incluirá la creación de accesos o infraestructuras adicionales.

Artículo 17. Los niños en condición de discapacidad de las diferentes Instituciones de educación, tendrán garantizadas terapias de reemplazo por al menos la mitad de la educación física o vocacional que ha sido establecida por la Institución.

CAPÍTULO V

Sobre el trabajo

Artículo 18. Modifíquese el parágrafo 1° del artículo 3° de la Ley 1221 de 2008 el cual quedará así:

“Parágrafo 1°. Teletrabajo para población vulnerable. El Ministerio de la Protección Social, dentro de los seis (6) meses siguientes a la promulgación de esta ley, formulará una política pública de incorporación al teletrabajo de la población vulnerable (Personas con discapacidad, personas que tengan a su cuidado a persona(s) con discapacidad, población en situación de desplazamiento forzado, población en situación de aislamiento geográfico, mujeres cabeza de hogar, población en reclusión, personas con amenaza de su vida).

Artículo 19. Modifíquese el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, el cual quedará así:

“No obstante, quienes fueron despedidos o su contrato terminado sin mediar una justa causa de las contempladas en el Código Sustantivo del Trabajo y por razón de su limitación, incumpliendo el requisito previsto en el inciso primero del presente artículo, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta (180) días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren”.

Nota: Texto en morado se suprime.

CAPÍTULO VI

Sobre vivienda

Artículo 20. En todos los programas de vivienda y en especial, en los de vivienda de interés social,

prioritaria y/o gratuita, se asignará el 5% de los mismos, para atender las necesidades de las personas en condición de discapacidad. El Ministerio de Vivienda dispondrá los cupos, de acuerdo al Registro Nacional de localización y caracterización de las personas con discapacidad, del Ministerio de Salud, y que pertenezcan a la Entidad Territorial beneficiada por el programa de vivienda. Estos cupos deberán cumplir con los requerimientos de accesibilidad y habitabilidad establecidos en la normatividad vigente.

Parágrafo. El Fondo Nacional del Ahorro, desarrollará para sus usuarios en condición de discapacidad, opciones de financiamiento de vivienda con facilidades de acceso y tasa de interés.

Artículo 21. El Ministerio de Vivienda y las Entidades Territoriales destinarán al menos un 5% de los recursos asignados a programas de mejoramiento de vivienda, para el mejoramiento y readecuación de las viviendas de personas en condición de discapacidad, de acuerdo a las necesidades de adaptación, habitabilidad y accesibilidad que requieren y han sido registradas mediante el Registro Nacional de localización y caracterización de las personas con discapacidad del Ministerio de Salud.

CAPÍTULO VII

Sobre la rehabilitación

Artículo 22. A partir de la entrada en vigencia de la presente ley el Ministerio de Salud y Protección Social, incluirá en los planes de beneficios del POS el suministro de sillas de ruedas, pañales, sondas y tecnologías de asistencia, que mejoren el desempeño en la ejecución de las actividades de vida diaria de las personas en condición de discapacidad y de la tercera edad.

Parágrafo 1º. Los beneficios que se incluyan deberán estar expresamente definidos en el manual de buenas prácticas de manufactura previo análisis técnico de costo-efectividad, y así mismo el gobierno fijará los topes económicos para las mismas. El manual deberá determinar entre otros, la competencia de los actores que deben prescribirlas, fabricarlas, adaptarlas y entrenar a los usuarios de las mismas en su uso, así como aspectos relacionados con su mantenimiento y seguimiento.

Artículo 23. El Ministerio de Salud implementará estrategias para que la Clasificación Internacional de Funcionamiento, Discapacidad y Salud haga parte de los sistemas de información en salud, además asignará los recursos para que todo el personal de salud reciba la formación y capacitación necesaria en el uso de esta clasificación.

Artículo 24. Con el fin de garantizar la vida independiente, las personas con discapacidad tendrán derecho a importar para uso exclusivamente personal **cumpliendo con los requisitos establecidos por la ley sobre importación de estos productos** y libre de cualquier gravamen nacional, implementos ortopédicos, **materia prima para su confección** medicamentos y un vehículo de características especiales, acordes con su limitación física o discapacidad permanente, que permitan su rehabilitación o recuperación.

Parágrafo. El **artículo vehículo** a que se refiere el presente artículo **deber ser matriculado únicamente a nombre de la persona con discapacidad, y no podrá trasladar su dominio antes de cinco (5) años, contados a partir de la fecha de la matrícula, con excepción de los casos de muerte o comprobada incapacidad de uso del titular.** El incumplimiento de esta disposición acarrear la pérdida del derecho de exención tributaria e inhabilitar a la persona con discapacidad para obtener este beneficio definitivamente.

Notas: Texto en morado se suprime.

Texto en vinotinto se adiciona.

CAPÍTULO VIII

Disposiciones generales

Artículo 25. **Anualmente el Gobierno periódicamente publicará generará un estadístico acerca del reconocimiento de las cifras sobre la condición de discapacidad, y realizará un informe que presentará al Congreso de la República, a través de la oficina delegada del Ministerio del Trabajo, a fin de evaluar las estrategias de inclusión social de la población en condición de discapacidad, así como de analizar las falencias y omisiones, así como un plan de mejoramiento y adecuación.**

Notas: Texto en morado se suprime.

Texto en vinotinto se adiciona.

Artículo 26. Los diferentes Ministerios dispondrán en sus planes de comunicaciones, por lo menos una vez al año, campañas de sensibilización de difusión nacional, que creen una cultura de respeto y apoyo a la población en condición de discapacidad, que sensibilicen sobre las patológicas más comunes e informen al ciudadano sobre el cuidado y protección que se debe brindar a esta población, además del manejo social, y psicológico de las discapacidades.

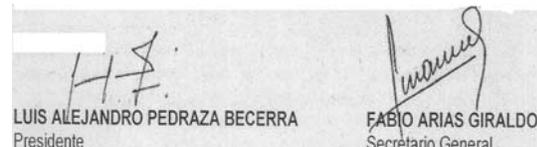
Artículo 27. El Gobierno nacional, implementará un sistema de información gratuito para el ciudadano en condición de discapacidad, que le oriente sobre sus derechos y acceso a los servicios del Estado. Para este fin, implementará servicios de interpretación de lengua de señas, y otros apoyos que garanticen el acceso a la información por parte de la población en condición de discapacidad.

Artículo 28. Vigencia. La presente ley regirá a partir de su promulgación.

La CUT espera que estos comentarios sean tenidos en cuenta en el debate legislativo y pone a su disposición el Equipo Jurídico, para colaborar en la construcción de proyectos que beneficien a toda la clase trabajadora.

Esperamos que estos comentarios sean tenidos en cuenta en el debate legislativo.

Cordialmente,



LUIS ALEJANDRO PEDRAZA BECERRA
Presidente

FABIO ARIAS GIRALDO
Secretario General

CONCEPTO JURÍDICO DEL SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA INDUSTRIA DE LAS BEBIDAS ALCOHÓLICAS, FERMENTADAS Y ESPUMOSAS (SINTRABECÓLICAS) AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 152 DE 2015

por medio de la cual se fija el régimen propio del monopolio rentístico de licores destilados, se modifica el impuesto al consumo de licores, vinos, aperitivos y similares, y se dictan otras disposiciones.

Bogotá, D. C., 15 de diciembre de 2015

Doctor

GREGORIO ELJACH PACHECO

Secretario General

Senado de la República

Congreso de Colombia

Ciudad

Asunto: Depósito Documentos Proyecto de ley número 152 de 2015.

Adjunto estamos haciendo depósito de documentos relacionados con la posición del Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industria de los Licores Fermentados y Espumosos (Sintrabecólicas) respecto al Proyecto de ley número 152 de 2015 sobre régimen propio de licores, presentado por el Gobierno nacional a través de los Ministerios de Hacienda y de Comercio Exterior y que actualmente hace curso en el Congreso de la República.

Agradecemos su atención.

Cordial saludo,

Junta Directiva Nacional Sintrabecólicas


DIEGO FELIPE PARDO VILLA
Presidente


VICTOR JULIO BUSTACARA VELANDIA
Secretario General

Recibimos comunicación en el kilómetro 10 vía al Magdalena Zona Industrial Juanchito Industria Licorera de Caldas victorbustacara@gmail.com cel.: 3128503395.

ANÁLISIS DEL PROYECTO DE LEY NÚMERO 152 DE CÁMARA

por medio de la cual se fija el régimen propio del monopolio rentístico de licores destilados, se modifica el impuesto al consumo de licores, vinos, aperitivos y similares, y se dictan otras disposiciones.

Dirigido a los honorables Senadores
y Representantes a la Cámara

Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industria de Bebidas Alcohólicas, Fermentadas y Espumosas (Sintrabecólicas)

Bogotá, D. C., 13 de diciembre de 2015

PLANTEAMIENTOS DE SINTRABECÓLICAS RESPECTO A LA INCONVENIENCIA DEL PROYECTO DE LEY NÚMERO 152 DE 2015

En marzo del presente año, el Gobierno nacional por intermedio del Ministerio de Hacienda y la Direc-

ción Nacional de Planeación, a través del Plan Nacional de Desarrollo, pretendió acabar con el monopolio de licores, mediante la presentación de un articulado claramente inconstitucional y lesivo para las rentas de los departamentos, articulado que los honorables Congresistas eliminaron del PND al demostrarse, después de arduas discusiones y foros regionales, la incidencia negativa que tendría sobre los ingresos en las rentas de los departamentos destinados a salud y educación. En ese momento, alertamos que la propuesta del presidente Santos pretendía únicamente acatar los condicionamientos y las exigencias de la OCDE en contravía del interés nacional.

Hoy con similar propósito, el Gobierno nacional pretende fijar el Régimen Propio del monopolio de licores bajo el argumento de la libre competencia y la no discriminación de la carga impositiva entre licores nacionales e importados, y en medio de las festividades decembrinas el Ministro de Hacienda y Crédito Público, **Mauricio Cárdenas Santamaría**, y la Ministra de Comercio, Industria y Turismo, **Cecilia Álvarez-Correa Glen**, exfuncionaria de la multinacional Bavaria, radicaron con mensaje de urgencia el Proyecto de ley número 152 de 2015, cuya pretensión es desmontar el monopolio estatal para entregarlo a los particulares y reducirles los impuestos a los licores extranjeros.

El proyecto del Gobierno es a todas luces inconveniente, incoherente e inconstitucional, ya que pretende desmontar el monopolio de los licores con el fin de permitir que, tanto los particulares como los privados, puedan producir, comercializar y distribuir licores, con lo que se transformaría radicalmente el sector licorero en el país, dejando de lado el principio de arbitrio rentístico bajo el cual las licoreras estatales fueron constituidas para generar rentas e impuestos con destinación preferencial a salud y educación.

A través del mencionado proyecto, se imponen requisitos laxos, tiempos exprés y condiciones absolutamente favorables para que los privados puedan constituir empresas de licores; tanto es así que cualquier particular (nacional o extranjero) podrá producir, introducir o comercializar licores simplemente solicitando permiso al respectivo gobernador, quien deberá responder al solicitante en un plazo máximo de 30 días, so pena de que se declare silencio administrativo positivo al ser admitida la solicitud. La duración mínima del contrato del particular sería de 5 años y máximo de 20 años, lo que es altamente inconveniente toda vez que se obligaría a los departamentos a no ejercer el monopolio de licores por un lapso muy amplio, viéndose afectadas las transferencias a los departamentos y por ende el bienestar de los ciudadanos, toda vez que las utilidades irían a las arcas de un privado y no, a las rentas departamentales.

Este proyecto como el presentado en el PND, pretende adecuar el sector nacional de licores a las exigencias de los tratados de libre comercio firmados con Europa y Estados Unidos y acatar ciegamente los estándares de la OCDE. Lo que el Gobierno no menciona es que países de la Comunidad Económica Europea (con la que Colombia tiene vigentes tratados comerciales) como Suecia, Finlandia y Noruega imponen a través del Estado estrictos controles sobre la importación y distribución de licores, y en el caso

particular de Finlandia, la productora de licores más grande y poderosa es **Altia**, empresa cuyo propietario único es la Nación. Casos similares suceden en algunos Estados de los Estados Unidos y Canadá.

Se alega en el proyecto en trámite que el hecho de que los licores de menos de 35° paguen una carga impositiva de \$297 por grado de alcohol y los de más de 35° (por lo general importados) paguen un impuesto al consumo de \$487, es una clara discriminación a la libre competencia. El anterior planteamiento no es cierto, pues el cobro para los licores con menos de 35° y los de más de 35° no se estipula de acuerdo con su origen sino a raíz de los grados alcoholimétricos que contenga independientemente de que sea nacional o extranjero.

Es importante tener en cuenta que esta diferenciación tiene otra razón de ser, la cual es la protección a la salud de los consumidores, pues la distinción entre licores de más de 35° y menos de 35° en el pago de impuestos genera que el consumo sea mayor para las bebidas de menor grado alcoholimétrico, esto acorde a las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud (OMS) que ha demostrado que en Colombia el consumo de bebidas alcohólicas empieza a una temprana edad en los adolescentes.

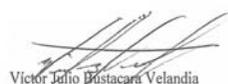
El perjuicio no será solo para los recursos de salud y educación, sino que al eliminarse el monopolio estatal sobre los licores, podrían perderse más de 2.000 empleos directos y miles de indirectos, esto sin contar con las otras ramas de la economía que se mueven en torno a la producción de licores como el vidrio, el azúcar, el cartón, las productoras de tapas, las imprentas, el plástico, entre otros. De esta forma se continuará la nefasta política de sustituir el trabajo nacional por el extranjero.

Sintrabecólicas rechaza vehementemente el proyecto de ley presentado por el Gobierno nacional; convoca a la reflexión de los Congresistas para que no aprueben esta iniciativa, que va en detrimento del bienestar de los ciudadanos, y llama a los trabajadores y a la sociedad en general a estar alertas y a apoyar las diversas iniciativas que se adelanten en defensa del monopolio de licores y los recursos para la Salud y la Educación.

Junta Directiva Nacional Sintrabecólicas



Diego Felipe Pardo Villa
Presidente



Víctor Julio Bustacara Velandía
Secretario General

Anexamos:

Conceptos de los abogados Pablo Elías González Monguí y Harold Mosquera Rivas y del economista Hernán Vicente Pabón Dorado, respecto a las incidencias jurídicas y fiscales del proyecto de ley. Adicionalmente, adjuntamos el documento de la Secretaría de Hacienda de la Gobernación de Antioquia, denominado “Comentarios al proyecto de ley, *por la cual se fija el régimen propio del monopolio rentístico de licores destilados, se modifica el impuesto al consumo de licores, vinos, aperitivos y similares, y se dictan otras disposiciones*”.

Recibimos comunicación: Zona Industrial Juancho, kilómetro 10 vía al Magdalena, Industria Licoera de Caldas, Manizales / Correo: victorbustacara@gmail.com / Celular: 312 850 3395.

Pablo Elías González Monguí

Abogado

Bogotá, D. C., 9 de diciembre de 2015.

Señores

SINTRABECÓLICAS

Ciudad.

Me han encargado ustedes de rendirles un concepto sobre el Proyecto de ley número 152, *por la cual se fija el régimen propio del monopolio rentístico de licores destilados, se modifica el impuesto al consumo de licores, vinos, aperitivos y similares*, suscrito y presentado por la Ministra de Comercio, Industria y Turismo, Cecilia Álvarez-Correa Glen, y el Ministro de Hacienda y Crédito Público, Mauricio Cárdenas Santamaría.

Analizado el proyecto me pronuncio sobre los aspectos más sobresalientes desde el punto de vista jurídico, excepto en relación con los impuestos que se fijarían, que entiendo su procedencia e interpretación ha sido encomendado a otro profesional.

1. El punto de partida del proyecto es el artículo 336 de la Constitución Política que señala la posibilidad de que el Estado establezca monopolios como arbitrios rentísticos, con una finalidad de interés público o social. Por disposición de la norma constitucional le corresponde a la ley y por tanto al legislador, por iniciativa gubernamental establecer el régimen propio de los monopolios. Por la misma norma constitucional se entiende que uno de los monopolios que puede existir es el de los licores.

En ese orden de ideas el legislador tiene la potestad de crear los monopolios como arbitrio rentístico y está facultado para definir el régimen para su organización, administración, control y explotación¹. También es de competencia del legislador ceder la explotación y las rentas de un monopolio a las entidades territoriales, sin que pierda la facultad para intervenir o modificar las normas al respecto, con la única intangibilidad de los recursos que hayan ingresado al patrimonio de la entidad territorial, los cuales no podrán ser trasladados a la nación².

2. La concepción tradicional del monopolio como arbitrio rentístico ha sido definida como la facultad exclusiva del Estado para explotar *directamente* la producción, introducción y venta de licores destilados a través de las empresas departamentales creadas con tal finalidad. A partir de la Constitución Política de 1991 se abrió la posibilidad de que el Gobierno enajenará o liquidará las empresas monopolísticas del Estado y otorgara a terceros (empresas oficiales o del sector privado) el desarrollo de su actividad cuando no cumpliera los requisitos de *eficiencia*, en los términos que determine la ley (artículo 336).

¹ Corte Constitucional, Sentencia C-810 de 2014.

² Corte Constitucional, Sentencia C-1191 de 2001.

Como se puede apreciar, la norma constitucional estableció como requisito para que las empresas monopolísticas del Estado no puedan seguir ejerciendo la actividad correspondiente, que no cumpla con los requisitos de eficiencia, de tal forma que mientras ellas sean productivas no tendrá que pensarse en que las actividades de explotación, producción, introducción y venta de los licores sean realizados por terceros. En Colombia se ha creado la idea de que el sector público no tiene capacidad de gestión y administración de actividades productivas, porque pueden llegar a estar influenciadas políticamente o por razones de corrupción, y entonces las personas y las entidades encargadas de ellas declaran su incapacidad administrativa y terminan compartiendo el monopolio del Estado con terceros de la órbita privada, disminuyendo la posibilidad de obtener más ganancias para cada departamento que se deben ver reflejadas en educación y salud.

Es una verdad que no necesita demostración que el ejercicio directo sobre la explotación de los licores no tiene por qué dar pérdidas, sino por el contrario ganancias, precisamente por tratarse de un monopolio. Solamente las malas o corruptas administraciones pueden llevar a que fracase una empresa que administra un monopolio, cuando en la práctica no se tiene contendor en el mercado, porque aun los que son competidores nacionales o extranjeros generan renta para cada departamento, es decir, que produciendo los licores y cobrando los gravámenes por introducción se obtienen rentas para los departamentos.

La Constitución de 1991 abrió la posibilidad de la tercerización por ineficiencia de las empresas y en esa época, cuando tal propuesta se hizo, consideramos que eso era un error que llevaría a que muchas empresas las declararan improductivas o simplemente fueran desapareciendo por aquella falsa idea de que el Estado es mal administrador y que los terceros privados lo hacen mejor que las entidades públicas, como si las malas administraciones no pudieran estar en cabeza de esos terceros privados o la corrupción también no los permeara en detrimento de los ingresos para el sector público. Esa es una falacia que ha venido siendo desvirtuada en el sector de los licores, donde todavía se encuentran empresas exitosas por buena administración y son fuente de gruesos ingresos para los departamentos.

A pesar de lo que ha dicho la jurisprudencia constitucional, hemos sido del criterio que la producción de alcohol y de licores, y así mismo la introducción e incluso la distribución debe ser realizada directamente por los departamentos y que esos, por conducto de las Asambleas Departamentales que son las competentes, deben crear la entidad descentralizada del nivel departamental para que realice todo el proceso que tiene que ver con la actividad monopolística, para que sea en verdad un monopolio a favor de los entes territoriales, y no el ejercicio indirecto de dicha actividad que por razón de la intervención de terceros deja de ser en la práctica una actividad monopolística. Con la tercerización se desnaturaliza en la práctica la labor monopolística y la reserva de la explotación de actividades como la del alcohol y los licores, y termina siendo una fuente de ingresos compartida con los terceros particulares.

La propia Corte Constitucional en un comienzo dijo que “el establecimiento y desarrollo de un monopolio estatal implica la separación de los particulares del ejercicio de las actividades respectivas, en lo cual se advierte un límite a la libertad de empresa, al derecho a la libre competencia económica y al derecho de propiedad, límite que afecta el contenido esencial de la libertad y de los derechos aludidos, razón por la cual esa reserva al sector público debe llevarse a cabo por ley que expida el Congreso de la República”³.

3. En el texto del Proyecto de ley número 152 se establece la libertad de los departamentos de decidir si aceptan o no el ejercicio de la actividad monopolística sobre los licores, pero en la exposición de motivos no se encuentra la fundamentación de las razones por las cuales se establece esa facultad de admitir o no el monopolio rentístico de los licores destilados. En las normas vigentes no existe esa facultad; el legislador a través de la ley ha cedido el ejercicio del monopolio como actividad rentística de los departamentos sin someterlo a discusión o decisión de las Asambleas.

Podrá decirse que dicho planteamiento se fundamenta en la autonomía y autodeterminación de los departamentos. No obstante, dichos aspectos no son absolutos y su limitación puede provenir de la Constitución o la ley. Ha dicho la Corte Constitucional que “...lo autónomo, expresión de intereses y de necesidades limitadas en el espacio, conexos con los intereses de la Nación pero de menor alcance y complejidad, debe explicarse como poder limitado que al mismo tiempo es parte necesaria del conjunto nacional. De ahí la necesidad de articular los intereses nacionales con los autónomos”⁴.

Si el legislador cede la actividad monopolística a los departamentos lo hace en razón del interés nacional de que los entes territoriales se beneficien de ese ejercicio sobre la base de que los recursos obtenidos deben ir destinados a salud y educación. Aquí no puede haber entrecruzamiento de competencias paralelas, que el legislador diga lo que se debe ejercer y que al mismo tiempo las Asambleas puedan decir que no lo aceptan, porque eso genera unas contradicciones evidentes, en que la nación estaría sujeta a lo que digan los entes territoriales, lo que dificulta realizar una política pública unitaria, homogénea e igual para dichos entes. Siempre que el interés de un ente territorial se contraponga al interés general de la nación, debe mediar e imperar el principio de la jerarquía, que evita la confrontación de poderes. Establecer esa facultad a los entes territoriales de decidir si aceptan o no el ejercicio de la actividad monopolística de antemano plantea inseguridad, indefinición y confrontación, que obligaría a la nación a estar a cada momento pendiente para tratar en particular las consecuencias de la decisión de cada ente territorial, volviendo compleja la gestión administrativa por permitir frente a una política pública la autorización de situaciones disímiles y el tratamiento desigual que se impondría para los entes territoriales.

³ Corte Constitucional, Sentencia C-313 de 1994. M. P. Carlos Gaviria Díaz.

⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-478 de 6 de agosto de 1992. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

En tratándose de políticas económicas o de la aplicación de las leyes debe imperar el principio de igualdad ante la ley, lo que implica partir de establecer y mantener elementos homogéneos con los que se logre la unidad de criterios y de tratamiento igual, al igual que un desarrollo igual, que enfatiza el común denominador como valor aglutinante cuyo propósito común debe ser la obtención de recursos a favor de la educación y la salud. Crear dos regímenes diferentes, en materia de la actividad monopolística de los licores resulta no solamente inapropiado, sino inconveniente para los departamentos y genera políticas y resultados desiguales, que van contra el principio de igualdad establecido en el artículo 13 de la Constitución Política, por más que sea el ejercicio de un órgano de poder de elección popular como lo es cada Asamblea Departamental.

El ejercicio del monopolio del alcohol cedido a los departamentos no debe estar sometido a la discrecionalidad de su admisión por parte de las Asambleas Departamentales, por tratarse de las rentas que constitucionalmente van destinadas a la salud y la educación. Dejarlo a la libre decisión de las Asambleas contraviene la Constitución Política en cuanto es una actividad que proporciona rentas con destinación específica y su no ejercicio podría disminuir notablemente o poner en peligro las fuentes de financiación de derechos fundamentales de las comunidades como es la salud y la educación. Si la ley determina que la actividad monopolística del alcohol se le cede a los departamentos debe ser obligatorio para estos llevar a cabo las acciones correspondientes, teniendo en cuenta que el legislador tiene la facultad para definir el régimen para su organización, administración, control y explotación.

4. Es cierto que el legislador, de acuerdo con la interpretación por parte de la jurisprudencia constitucional, puede establecer distintas modalidades de operación de los monopolios de arbitrios rentísticos, sin desconocer la titularidad exclusiva del monopolio en cabeza del Estado⁵, en unas ocasiones de manera directa y en otras a través de terceros.

Pero el escenario ideal para el ejercicio de la actividad monopolística de los licores consiste en que los departamentos la realicen directamente, a través de sus entidades territoriales o a través de empresas industriales y comerciales o de sociedades de capital público de ese orden territorial, es decir, por entidades estatales. Como se dijo, dejarle a los terceros cualquier fase de la explotación, ya sea la producción, la introducción o la venta de los licores constituye una desnaturalización de la actividad monopolística. En la práctica constituye una desmonopolización del arbitrio rentístico fijado por la Constitución Política. En ese sentido fue el pensamiento inicial de la Corte Constitucional:

“Cuando la ley crea un monopolio, debe hacerlo, por expreso mandato constitucional (artículo 336 C. P.), como arbitrio rentístico, es decir, con la finalidad única de obtener recursos para el fisco, lo cual excluye de plano toda posibilidad de que se repartan utilidades

a particulares, así sea parcialmente, pues con ello se desvirtuaría por completo la específica y perentoria exigencia del Constituyente”⁶.

En otro pronunciamiento esa Corporación señaló que “ha entendido que solo podrá establecerse un monopolio con el propósito de generar rentas para una entidad del Estado, para fines de interés público o social; así las cosas, se excluye la posibilidad de que los particulares exploten por cuenta propia la actividad sobre la cual recae el monopolio. Entonces, *‘por un lado de la actividad monopolizada quedan excluidos los particulares, por otro, el monopolio que se establezca por la ley solo puede obrar a favor del Estado sin que resulte posible de acuerdo con la Constitución, el establecimiento de monopolios legales a favor de particulares’*.”⁷.

Sin embargo, mediante el proyecto de ley se pretende darle facultades a los Gobernadores para que concedan directamente permisos “temporales” de producción por un término mínimo de cinco (5) años y un máximo de veinte (20) años, lo que constituiría una excepción a las normas de contratación pública y una flagrante entrega de los monopolios a los particulares sin mayores exigencias. Por esta vía se pretermitirían las normas sobre contratación pública y además de paso se podrían evitar los controles correspondientes, desnaturalizando de una vez por todas lo relativo a los monopolios mediante una figura que no tiene nada de temporal y que por el contrario un Gobernador le impondría a los Gobernadores de los cuatro periodos siguientes la imposibilidad de crear por ejemplo una Empresa Industrial y Comercial en materia de licores, por razón de un permiso anterior concedido por veinte (20) años.

Se avizora además que se abre una puerta a la corrupción y a un laxo ejercicio del control de la explotación de los licores, en sospechoso *lobby* o alianza de los particulares con los ordenadores, por más requisi-

⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-587 del 7 de diciembre de 1995 M. P. José Gregorio Hernández Galindo). Dijo la Corte en relación con las sociedades de economía mixta frente a los monopolios: “3.3. En efecto, si se admitiera la posibilidad de que las sociedades de economía mixta puedan ser operadores directos, tal como está redactado el artículo 6° de la Ley 643 de 2001, se desnaturalizaría por completo el carácter de arbitrio rentístico de los monopolios y se desconocería que, por mandato de la Constitución, estos tienen una finalidad de interés público o social y que las rentas que se perciban como consecuencia del desarrollo de esa actividad deben estar destinadas de manera exclusiva a los servicios de salud. Precisamente la calidad de economía mixta de una sociedad no se adquiere por la mayor o menor participación de capital público, sino por la intención del legislador y por la participación del sector privado. De tal manera que se pueden constituir sociedades de economía mixta en las cuales la participación económica que tenga el Estado sea minúscula, mientras que el aporte mayoritario sea de los particulares. Ese mayor porcentaje de capital aportado por particulares hace, teniendo en cuenta el régimen de reparto de utilidades, que las rentas obtenidas en ejercicio del monopolio de juegos de suerte y azar se destinen a los particulares y no a la salud. No aparecería claro el cumplimiento de esa destinación constitucional de las rentas en una sociedad de tal naturaleza en la que el Estado tenga una participación mínima”.

⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-1114 del 24 de octubre de 2001 (M. P. Álvaro Tafur Galvis) y C-1191 de 2001.

⁷ C-169 de 2004. En igual sentido Sentencia C-008 de 2001, Sentencia C-316 de 2003.

tos que ponga la Asamblea. Realmente constituye una pérdida del control de la actividad monopolística de los departamentos y el “adueñamiento” por bastante tiempo de los terceros beneficiados, de una actividad que le pertenece en forma exclusiva al Estado.

No es cierto que con la tercerización mediante permisos o incluso mediante contratos de concesiones realizados mediante licitaciones se garantice la transparencia y lo correcto de las actividades monopolísticas, o se permita explotar en forma óptima el monopolio de la producción, introducción o venta de licores como lo señala la exposición de motivos. Nada más lejano de la realidad. El Estado no puede declararse menor de edad para administrar los monopolios o autocalificarse como incapaz para evitar que a las entidades oficiales las permee la corrupción, porque de antemano significa que los representantes de dicho ente son incapaces para gobernar la cosa pública.

Adicional a lo anterior, se coloca una trampa a los departamentos en el sentido de que “la solicitud de permiso deberá resolverse en un término máximo de treinta (30) días hábiles, so pena de que opere el silencio administrativo positivo” (artículo 7 numeral 2 del proyecto), lo que implica que por el simple transcurso del tiempo si el Gobernador no da respuesta positiva o negativa a la solicitud se entiende que la decisión es favorable al peticionario.

CONCLUSIONES

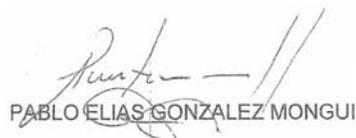
1. El legislador tiene la potestad de establecer arbitrios rentísticos con fines de interés público, cederlos a los entes territoriales, como ha sucedido con el alcohol y los licores, y de acuerdo con el poder de configuración que tiene puede ordenar que el ejercicio de la actividad monopolística se realice directamente por los departamentos a través de empresas industriales y comerciales de ese orden territorial.

2. Establecer la discrecionalidad de si los departamentos aceptan o no el monopolio de los licores genera un entrecruzamiento de competencias paralelas, va en contra de una política pública unitaria, homogénea e igual para dichos entes.

3. Darle facultades a los Gobernadores para que concedan directamente permisos supuestamente “temporales” de producción por un término mínimo de cinco (5) años y un máximo de veinte (20) años, constituye una excepción inconveniente a las normas de contratación pública y una desnaturalización del monopolio como arbitrio rentístico. Además, se abre una puerta a la corrupción y a un laxo ejercicio del control de la explotación de los licores, dominado por los particulares.

4. No es cierto que la tercerización de la explotación de los licores (producción, introducción y venta) garantice la transparencia y lo correcto de las actividades monopolísticas, o sea la forma adecuada que permita explotar en forma óptima dicho monopolio.

Cordialmente,


PABLO ELÍAS GONZÁLEZ MONGUI

CONCEPTO JURÍDICO SOBRE EL PROYECTO DE LEY NÚMERO 152 SOBRE MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LICORES DESTILADOS

Por: Harold Mosquera Rivas

Abogado

– BASE CONSTITUCIONAL

El artículo 336 de la C. N. establece:

“Ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico, con una finalidad de interés público o social y en virtud de la ley. La ley que establezca un monopolio no podrá aplicarse antes de que hayan sido plenamente indemnizados los individuos que en virtud de ella deban quedar privados del ejercicio de una actividad económica lícita. La organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos estarán sometidos a un régimen propio, fijado por la ley de iniciativa gubernamental. Las rentas obtenidas en el ejercicio de los monopolios de suerte y azar estarán destinadas exclusivamente a los servicios de salud. Las rentas obtenidas en el ejercicio del monopolio de licores, estarán destinadas preferentemente a los servicios de salud y educación. La evasión fiscal en materia de rentas provenientes de monopolios rentísticos será sancionada penalmente en los términos que establezca la ley. El gobierno enajenará o liquidará las empresas monopolísticas del Estado y otorgará a terceros el desarrollo de su actividad cuando no cumplan los requisitos de eficiencia, en los términos que determine la ley. En cualquier caso se respetarán los derechos adquiridos por los trabajadores”.

Del precitado artículo puede colegirse lo siguiente:

1. El legislador solo podrá establecer monopolios como arbitrio rentístico, con un propósito de interés público o social.

2. La ley correspondiente debe ser de iniciativa gubernamental, por tanto cualquier proyecto de ley que no se haya presentado por el Gobierno nacional es inconstitucional.

3. Habrá un monopolio de suerte y azar y otro de licores, pues la norma de manera expresa señala que las rentas del primero se destinarán a la salud y las del segundo a la salud y educación.

4. La organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos.

Sobre los anteriores presupuestos se efectúa en análisis del Proyecto de ley número 152 de 2015, el cual es de iniciativa gubernamental, como lo exige el artículo 336 de la C. N.

El artículo 1º. Define el objeto del monopolio conforme a lo establecido en el artículo 336 de la C. N.

El artículo 2º. Define el monopolio de licores destilados como arbitrio rentístico.

El artículo 3º. *Facultad a las Asambleas.*

Este artículo faculta a las Asambleas Departamentales para decidir si ejercen el monopolio sobre la producción o introducción de licores destilados.

Consideramos que este artículo es contrario al mandato del artículo 336 de la C. N., por cuanto si se establece el monopolio de los licores destilados en beneficio de los departamentos, no puede la ley permitir que el departamento renuncie al ejercicio del monopolio, cosa diferente es la forma como se decida obtener las rentas, que puede ser por explotación directa o a través de una concesión.

El artículo 4°. Titularidad.

Para este artículo aplica el mismo comentario del anterior. No debe confundirse el ejercicio del monopolio con la forma como se obtienen las rentas del mismo.

El artículo 5°. Monopolio como arbitrio rentístico sobre la producción de licores destilados.

Este artículo impone la obligación de otorgar permisos a todas las personas de derecho público o privado que cumplan los requisitos o condiciones establecidos para la producción.

Esta obligación resulta contraria al mandato del artículo 336 de la C. N. pues impone a cada departamento el mandato de conceder permisos sin objeción alguna a todo aquel que quiera producir los licores, con lo cual desaparece la figura del ejercicio del monopolio en la producción, es decir que, deja de ser un monopolio en los términos del artículo 336 de la C. N. si cualquier persona pública o particular puede exigir el permiso para la producción.

El artículo 6°. Permisos para el ejercicio del monopolio como arbitrio rentístico sobre la producción de licores destilados.

A este artículo se aplica el comentario del artículo anterior, en el entendido de que se obliga a los departamentos a conceder permisos a todas las personas públicas o particulares que lo soliciten y que cumplan los requisitos y condiciones, con lo cual desaparece la figura del monopolio en la producción, pues la misma solo se aplicaría cuando el respectivo departamento decidiera ejercerla de manera directa. Además de lo anterior, establecer límites de entre 5 y 20 años para los permisos implica dejar amarrados a los entes territoriales más allá de los períodos de sus autoridades que son de 4 años, con lo cual es posible que pasen los 4 años de una nueva administración sin que pueda dentro de su plan de gobierno tomar medida alguna respecto a los permisos vigentes por cuanto el período de los mismos supera su mandato, por el contrario, si se va a establecer un límite en el tiempo para los permisos, este no debería superar los 4 años.

El artículo 7°. Contratos para el ejercicio del monopolio como arbitrio rentístico sobre la producción de licores destilados.

Para este artículo aplica el mismo comentario de los dos anteriores, insistiendo en que la posibilidad de un número indeterminado de contratos de producción sobre los mismos licores está eliminando el carácter de monopolio que el artículo 336 de la C. N. instituye respecto a esa producción.

El artículo 8°. Sobre el ejercicio del monopolio como arbitrio rentístico sobre la introducción de licores destilados.

Este artículo impone la obligación de otorgar permisos a todas las personas de derecho público o priva-

do que cumplan los requisitos o condiciones establecidos para la introducción.

Esta obligación resulta contraria al mandato del artículo 336 de la C. N. pues impone a cada departamento el mandato de conceder permisos sin objeción alguna a todo aquel que quiera introducir licores, con lo cual desaparece la figura del ejercicio del monopolio en la introducción, es decir que, deja de ser un monopolio en los términos del artículo 336 de la C. N. si cualquier persona pública o particular puede exigir el permiso para la introducción.

A manera de ejemplo, al entrar en vigencia esta norma, cada departamento estará obligado a conceder permiso a las licoreras existentes en otros departamentos para introducir sus productos, con lo cual pierde todo control sobre el monopolio, si se tiene en cuenta que estamos hablando de la competencia directa de sus propios productos.

El artículo 9°.

Está relacionado con el comentario anterior.

El artículo 10. Rentas del monopolio.

Está relacionado con las disposiciones anteriores, no obstante lo cual, respecto a este artículo, no hay lugar a comentarios diferentes a los anteriores.

El artículo 11. Participación sobre licores destilados.

Está relacionado con las disposiciones anteriores, no obstante lo cual, respecto a este artículo, no hay lugar a comentarios diferentes a los anteriores.

Los artículos 12 y 13. Destinación de las rentas.

Respecto a los porcentajes de las rentas que como mínimo deben destinarse a la salud y educación, el legislador tiene en esta materia libertad de configuración, por tanto no hay lugar a reproche de constitucionalidad respecto a lo que proponen estos dos artículos.

El artículo 14. Derechos de explotación.

Con esta norma no hay lugar a reproche de inconstitucionalidad, pero se enmarca dentro del espíritu del proyecto de acabar con el monopolio de los departamentos respecto a la producción e introducción de licores destilados.

El artículo 15. Destinación de los derechos de explotación.

Respecto a los porcentajes de las rentas que como mínimo deben destinarse a la salud y educación, el legislador tiene en esta materia libertad de configuración, por tanto no hay lugar a reproche de constitucionalidad respecto a lo que proponen estos dos artículos.

El artículo 16. Imposición de cargas adicionales.

Este artículo se ajusta al mandato constitucional.

Los artículos 17 y 18. Sobre base gravable.

En estas disposiciones el Gobierno procura resolver el yerro cometido en los artículos 49 y 50 de la Ley 788 de 2002 que generó un desequilibrio entre la base de los licores importados y los que se producen en el país, al no considerar el valor del producto para determinar la base gravable. No obstante, tal decisión debió tomarse antes y no pretender resolver el pro-

blema ahora en este proyecto de ley que tiene como propósito afectar el monopolio.

El artículo 19.

Se ajusta al mandato constitucional como cualquier disposición que ceda recursos a los entes territoriales destinados de manera especial a la salud y a la educación.

Los artículos 20 y 21.

Las medidas establecidas en esta norma hoy pueden solicitarse a la Superintendencia, por tanto el contenido del artículo reitera una garantía vigente, aunque se enfatiza en la protección a las rentas de los departamentos.

El artículo 22. Lucha anticontrabando.

El mandato de este artículo es un imperativo para las autoridades públicas, en especial para los organismos de control, es permitente la aplicación de estas medidas en beneficio de las rentas departamentales.

El artículo 23.

Se ajusta al mandato constitucional respecto a la competencia de los departamentos en lo relacionado con los monopolios.

Los artículos 24, 25 y 26.

Estos artículos son disposiciones propias del tránsito legislativo.

– COMENTARIOS FINALES

La honorable Corte Constitucional en múltiples sentencias se ha ocupado de interpretar el alcance del artículo 336 de la C. N. sobre monopolios como arbitrio rentístico del Estado, entre ellas podemos citar las Sentencias C-316 y C-035 de 2005. De estos fallos podemos reiterar los siguientes apartes que resultan útiles para la discusión jurídica del presente proyecto de ley:

“En efecto, como es sabido, a pesar de que tanto la Constitución de 1886 como la de 1991 prefiguraron un modelo de Estado edificado sobre la base de la libertad de empresa, de industria y de comercio, dentro de un modelo de libre competencia que excluye la existencia de monopolios o de prácticas restrictivas del mercado, lo cierto es que en ambas Cartas se contienen disposiciones que permiten el establecimiento de monopolios como arbitrios rentísticos a favor del Estado, previa indemnización de quienes fueran privados del ejercicio de una actividad económica lícita.

El artículo 336 de la Constitución vigente dispone expresamente que los monopolios rentísticos deben perseguir una finalidad de interés público o social; y en el caso particular del monopolio de licores, señala que las rentas obtenidas en el mismo estarán destinadas preferentemente a los servicios de salud y educación. El monopolio de licores destilados está actualmente constituido a favor de los departamentos. Ahora bien, las “rentas de un monopolio” pueden obtenerse por su titular de una de dos maneras: o por la explotación directa del mismo, que es el caso de las licoreras oficiales, u optando por otorgar la concesión de la explotación del monopolio a cambio del pago de una regalía o compensa-

ción, que es el caso de las licoreras particulares. Así, dichas “rentas” están constituidas por las utilidades que arrojen las licoreras oficiales, o por las regalías o compensaciones que obtengan los departamentos por la concesión del monopolio”.

“Lo anterior denota que frente al interés público o social, no es la misma la situación de hecho en la que se encuentran las licoreras oficiales y las privadas. Y no se trata sólo de un interés público “difuso”, presente en toda la actividad estatal, sino de uno muy concreto determinado por la destinación específica y preferente de las rentas de las licoreras oficiales al cubrimiento de los servicios de salud y de educación, por mandato expreso del inciso quinto del artículo 336 superior, cuyo tenor literal reza:

“Las rentas obtenidas en el ejercicio del monopolio de licores, estarán destinadas preferentemente a los servicios de salud y educación”.

Así pues, aunque desde la óptica del mercado en el que operan una y otra categoría de empresas licoreras están en la misma situación de hecho, desde la perspectiva de su régimen jurídico y de su finalidad social no lo están. Las privadas persiguen un ánimo de lucro individual o particular, las oficiales pretenden ser un arbitrio rentístico destinado a financiar los servicios de salud y educación del departamento por mandato expreso de la Constitución, que busca así encontrar un cauce para realizar “cláusula social” del Estado de Derecho. Las primeras pueden libremente reinvertir sus rentas (utilidades), o distribuirlas entre sus propietarios, al paso que las segundas deben destinarlas preferiblemente a los servicios de salud y educación. Su distinto régimen jurídico implica también un distinto manejo económico, menos “libre” en el caso de las públicas. Por eso, no puede afirmarse que, ni siquiera como agentes simplemente económicos, estén en la misma situación de hecho.

7. Lo anterior releva a la Corte de proseguir con el examen de igualdad: No obstante, resulta además importante poner énfasis en que el objetivo que se pretende obtener al permitir a las licoreras públicas descontar el IVA pagado en el proceso de producción resulta constitucionalmente válido, y justifica que el mismo beneficio no se dispense también a las licoreras particulares. En efecto, la posibilidad de llevar a cabo este descuento significa la correlativa reducción de los costos de producción, que repercute directamente en el aumento de las rentas derivadas del monopolio departamental, en beneficio directo de los servicios de salud y educación de la entidad territorial. Puede decirse que el beneficio tributario persigue idéntica finalidad social que el monopolio mismo y que, en tal virtud, resulta acorde con los propósitos constitucionales explícitos en el artículo 336 de la Carta.

“2. El régimen de monopolios establecido en la Constitución de 1991. Los antecedentes en la Asamblea Nacional Constituyente. El Estado, único titular de los monopolios rentísticos de juegos de suerte y azar.

2.1. Desde el punto de vista económico un monopolio se caracteriza por la condición de exclusividad o clara ventaja o preponderancia que ostenta una

persona pública o privada, para realizar una actividad determinada y controlar el mercado.

2.2. Tanto en la Constitución de 1991 como en la de 1886 se asume una concepción contraria a la existencia del monopolio. El Estado debe evitar las prácticas monopolísticas, toda vez que restringen la libertad económica y la libre competencia (artículo 333 C. P. 1991). No obstante, el artículo 31 de la anterior Carta Política luego del Acto Legislativo número 3 de 1910, autorizaba el establecimiento de monopolios mediante ley, pero con la connotación de que se constituyeran como arbitrio rentístico, con la titularidad exclusiva del Estado y siempre que hubiesen sido plenamente indemnizados los individuos que en virtud de la ley quedaran privados del ejercicio de una actividad económica lícita.

Aunque la Constitución de 1991 mantuvo dichos criterios, introdujo algunos elementos adicionales que revisten gran importancia. Así, dispuso en primer lugar que los monopolios rentísticos deben tener una finalidad de interés público o social. Para el caso del monopolio de juegos de suerte y azar, las rentas deben estar destinadas exclusivamente a los servicios de salud, y las obtenidas en el ejercicio del monopolio de licores deben destinarse preferentemente a atender los servicios de salud y educación. En segundo lugar, señaló que su organización, administración, control y explotación estarán sometidos a un régimen propio fijado por ley de iniciativa gubernamental. En tercer término contempló la sanción penal en caso de evasión fiscal en materia de rentas provenientes de los monopolios y, en último lugar, previó que el Gobierno enajene o liquide las empresas monopolísticas del Estado cuando estas no cumplan con los requisitos de eficiencia, en los términos que señala la ley, caso en el cual otorgará a terceros el desarrollo de su actividad (artículo 336 C. P.).

2.3. Al revisar los antecedentes del referido artículo 336 se observa que en la Asamblea Nacional Constituyente se cuestionó el tema del mantenimiento de los monopolios rentísticos. En efecto, la Comisión Quinta propuso eliminarlos de la Constitución para, en cambio, establecer impuestos específicos sobre el consumo de los bienes y servicios correspondientes, dejando tal actividad en manos de particulares. Se dijo entonces en la ponencia:

“En el siglo pasado y aun a comienzos del actual era usual considerar que el establecimiento de un monopolio en favor del Estado constituía una fórmula efectiva para arbitrar recursos fiscales. La teoría económica contemporánea ha demostrado que lo mismo puede conseguirse con la aplicación de impuestos específicos sobre el consumo de los bienes y servicios correspondientes. Más aún, la práctica en Colombia y en otros países ha demostrado con creces que esta segunda opción es claramente superior a la primera, tanto en términos de eficiencia económica como de la magnitud de los recursos que puede obtener el Estado.

Basta con detenerse a observar lo que ha sucedido con muchas de las licoreras departamentales, en las que el crecimiento burocrático, la ineficiencia y la corrupción han conducido a que, a tiempo que se

cargan altos precios al consumidor, se obtiene un exiguo margen neto de recursos para la entidad territorial respectiva.

(...)

por esta razón, se propone eliminar de la Constitución la posibilidad de establecer monopolios como arbitrios rentísticos. Lo anterior no significa que en actividades como la producción de licores o los juegos de azar se permita una absoluta libertad económica, sin salvaguarda alguna de la salud pública, los dineros de los participantes en los juegos de azar y los ingresos fiscales de los departamentos”.

Se cuestionó igualmente la eficiencia de las empresas monopolísticas en cabeza de las entidades territoriales debido a la corrupción y burocracia existente. Hubo otros proyectos que pretendían preservar el monopolio en cabeza del Estado teniendo en cuenta que las rentas obtenidas eran un importante ingreso para algunas de sus entidades territoriales. Finalmente se optó por mantenerlos, pero sometidos a una regulación legal estricta. Se dijo así en la Sesión Plenaria:

“Entramos a un tema que está íntimamente ligado con la prestación del servicio de salud en nuestro medio como es el de los monopolios, aquí se ha planteado una reforma al artículo 31 de la Constitución porque ese dice que no es eficiente el manejo que puedan tener entidades estatales sobre monopolios que se constituyen como arbitrio rentístico, disentimos profundamente de esta tesis porque si las empresas que funcionan como monopolios estatales y particularmente las empresas de licores no tienen un manejo eficiente y en algunos casos están signadas por la corrupción, pues de lo que se trata es de reformar estas empresas y de reformar unas entidades de control y fiscalización de esas empresas, porque si se han dado esas corruptelas es por culpa, no solamente de las personas que trabajan en ellas, de la clase política en gran parte, sino también de los sistemas de fiscalización, de manera que creemos que debe dejarse el principio constitucional, de que puedan constituirse monopolios como arbitrio rentísticos en virtud de la ley, obviamente también debe conservarse la norma que establece que un monopolio no puede aplicarse antes de que hayan sido plenamente indemnizados los individuos que en virtud de ellas queden privados del ejercicio de una actividad económica lícita, obviamente como es tan delicado el manejo de empresas estatales que constituyen monopolios, creemos que sería interesante de establecer por medio de la ley la organización y normas especiales que deben tener estas empresas, de tal manera, que proponemos que en la norma correspondiente al artículo 31 actual de la Constitución, se establezca que la organización, administración y explotación de los monopolios rentísticos estarán sometidas a un régimen propio, fijado por una ley orgánica de iniciativa gubernamental, obviamente en esta ley podrán establecerse los parámetros sobre la eficiencia que deben tener estas empresas...”.

2.4. Bajo esa directriz se redactó el actual artículo 336 de la Carta, que regula el tema relativo a los monopolios. Del referido precepto constitucional se desprende lo siguiente:

(i) Solo son admisibles los monopolios como arbitrio rentístico y es el Estado el único titular de los mismos, lo cual excluye la posibilidad de que los particulares exploten por cuenta propia la actividad sobre la cual recae el monopolio. Esto es, no se pueden establecer monopolios a favor de particulares, con la única salvedad consignada en el artículo 189, numeral 27 de la Constitución, que se refiere a la eventualidad de conceder patente de privilegio temporal a los autores de invenciones o perfeccionamientos útiles, con arreglo a la ley.

El hecho que los monopolios se constituyan como arbitrio rentístico significa que su objeto es obtener ingresos solo para el Estado. Dineros que por contante, tienen la característica de ser públicos.

El monopolio rentístico, tal como lo sostuvo esta Corporación, “es un instrumento que protege la explotación de determinadas actividades económicas para que el Estado se procure cierto nivel de ingresos con el fin de atender sus obligaciones. Para el Estado la finalidad del monopolio no es excluir la actividad económica del mercado, sino reservarse una fuente de recursos económicos que le reporte su explotación.

Así mismo que (ii) las rentas que se produzcan como consecuencia del ejercicio de esa actividad son fiscales y se destinan exclusivamente a finalidades de interés público o social. En el caso de los monopolios de suerte y azar, esas rentas deben emplearse únicamente para atender el sector de la salud. Tal destinación no puede desconocerse ni variarse so pena de violar la Constitución.

Y (iii) que el Constituyente defirió al legislador ordinario la facultad no solo para establecer qué actividad constituye o no monopolio rentístico, sino para fijar su régimen propio[8.] Por lo tanto, es la ley la que determinará su organización, administración, control y explotación.

Sobre lo que debe entenderse por “régimen propio” la Corte, en la Sentencia C-1191 del 15 de noviembre de 2001, sostuvo que “debe entenderse una regulación de los monopolios rentísticos, que sea conveniente y apropiada, tomando en cuenta las características específicas de esas actividades, a lo cual debe agregarse la necesidad de tomar en consideración el destino de las rentas obtenidas, así como las demás previsiones y limitaciones constitucionalmente señaladas”. Es claro que la libertad de configuración que en esta materia se le ha otorgado al legislador no es absoluta e ilimitada y debe, al momento de establecer ese régimen propio, observar con plenitud las pautas trazadas por el Constituyente (artículo 336 C. P.), pues de lo contrario, la ley respectiva deviene inconstitucional.

Ahora bien, el legislador, dentro de los parámetros constitucionales y sin desconocer la titularidad exclusiva del monopolio en cabeza del Estado, puede establecer distintas modalidades de operación[10]. Así, consideró necesario otorgarle al Estado la posibilidad de que, sin despojarse de su titularidad, en unas ocasiones opere de manera directa y en otras lo haga a través de terceros, pero dentro de los lineamientos del artículo 336 de la Constitución. En ese orden de ideas, dispuso, en primer lugar, que son

operadores directos los departamentos y el Distrito Capital, por intermedio de las empresas industriales y comerciales, sociedades de economía mixta y sociedades de capital público (artículo 6°). En segundo lugar, indicó que son operadores indirectos los particulares, es decir, las personas jurídicas, en virtud de autorización mediante contratos de concesión u otros contratos de los que trata la Ley 80 de 1993, celebrados con las entidades territoriales o con las sociedades de capital público autorizadas para la explotación del monopolio, o, en último término, cualquier persona capaz en virtud de autorización otorgada en los términos de la ley (artículo 7°).

Conforme con lo hasta ahora expuesto, se concluye que (i) la titularidad del monopolio de juegos de suerte y azar es solo del Estado, y está excluida la iniciativa de particulares; (ii) la explotación de ese monopolio, es decir, la posibilidad de obtener utilidad del mismo en provecho del Estado, la puede hacer el ente estatal a través de dos modalidades de operación (directa o a través de terceros), y finalmente (iii) independientemente de la modalidad de operación, el Estado no pierde la titularidad del monopolio.

“Cuando la ley crea un monopolio, debe hacerlo, por expreso mandato constitucional (artículo 336 C. P.), como arbitrio rentístico, es decir, con la finalidad única de obtener recursos para el fisco, lo cual excluye de plano toda posibilidad de que se repartan utilidades a particulares, así sea parcialmente, pues con ello se desvirtuaría por completo la específica y perentoria exigencia del Constituyente. Por tanto, siendo característica de las sociedades de economía mixta la concurrencia de aportes entre el Estado e inversionistas privados, y siendo de su esencia, en cuanto sociedades comerciales (artículos 8° del Decreto números 1050 de 1968, 98 y 461 del Código de Comercio), el reparto de los dividendos a los que tienen derecho los socios, no se concibe que los particulares perciban tales rendimientos de la explotación de actividades expresamente reservadas al monopolio del Estado, como las indicadas en la demanda, menos todavía si el objeto específico –la explotación de juegos de suerte y azar– tiene en la Constitución una finalidad tan clara, en cuanto a la destinación de los recursos obtenidos, como la salud pública.

Así las cosas, los dineros obtenidos en desarrollo del objeto propio de un monopolio estatal, no pueden distraerse en la función de ofrecer utilidades en favor de sujetos diferentes del propio Estado”.

3.3. En efecto, si se admitiera la posibilidad de que las sociedades de economía mixta puedan ser operadores directos, tal como está redactado el artículo 6° de la Ley 643 de 2001, se desnaturalizaría por completo el carácter de arbitrio rentístico de los monopolios y se desconocería que, por mandato de la Constitución, estos tienen una finalidad de interés público o social y que las rentas que se perciban como consecuencia del desarrollo de esa actividad deben estar destinadas de manera exclusiva a los servicios de salud. Precisamente la calidad de economía mixta de una sociedad no se adquiere por la mayor o menor participación de capital público, sino por la intención del legislador y por la parti-

cipación del sector privado. De tal manera que se pueden constituir sociedades de economía mixta en las cuales la participación económica que tenga el Estado sea minúscula, mientras que el aporte mayoritario sea de los particulares. Ese mayor porcentaje de capital aportado por particulares hace, teniendo en cuenta el régimen de reparto de utilidades, que las rentas obtenidas en ejercicio del monopolio de juegos de suerte y azar se destinen a los particulares y no a la salud. No parecería claro el cumplimiento de esa destinación constitucional de las rentas en una sociedad de tal naturaleza en la que el Estado tenga una participación mínima.

3.4. Conforme a lo expuesto, resulta contrario a la Constitución, y así habrá de declararse, que el artículo 6° de la Ley 643 de 2001 establezca la posibilidad que las sociedades de economía mixta sean operadores directos de los juegos de suerte y azar, pues sería desconocer que la operación directa es una modalidad reservada, solo al Estado y aceptar que los ingresos obtenidos por tal concepto fueran destinados, así sea en parte, a engrosar el patrimonio de los particulares, desconociendo que por disposición del Constituyente las rentas obtenidas en ejercicio del monopolio de juegos de suerte y azar deben ser destinadas exclusivamente a los servicios de salud.

Estos comentarios, contenidos en las sentencias de constitucionalidad antes citadas, sirven de soporte para la discusión de constitucionalidad del proyecto de ley en comento, pues el mismo pretende acabar con el monopolio como arbitrio rentístico de los departamentos en materia de producción, e introducción de licores destilados y por ello debe solicitarse a los honorables parlamentarios desestimar el proyecto propuesto.

Harold Mosquera Rivas
HAROLD MOSQUERA RIVAS
C.C. 16.691.540 DE CALI
T.P. 60.181 DEL C.S.J.

**SINDICATO DE TRABAJADORES
 DE LA INDUSTRIA DE LAS BEBIDAS
 ALCOHÓLICAS (SINTRABECÓLICAS)**

**EFFECTOS FISCALES DEL PROYECTO DE
 LEY NÚMERO 152 DE 2015 CÁMARA**

Bogotá, D. C., 10 de diciembre de 2015

Señores

Sindicato de Trabajadores de la Industria de las Bebidas Alcohólicas (Sintrabecólicas)

E. S. M.

Reciban un cordial saludo:

De conformidad con lo acordado en las reuniones que sostenidas en estos días, me permito entregarles un primer análisis de los efectos fiscales del Proyecto de ley número 152 Cámara de 2015 sobre régimen propio del monopolio de licores presentado el 4 de noviembre de este año por el Gobierno nacional a la Cámara de Representantes para su trámite legal, el cual a la fecha se encuentra radicado en la Comisión Tercera en espera de la respectiva ponencia para primer debate.

Es preciso recordar que a la fecha, en la Secretaría de la Cámara de Representantes también se encuentran otros dos proyectos sobre el tema del Monopolio y del Impuesto al Consumo de Licores, radicados con los números 135 Cámara y 158 Cámara que fueron presentados por dos honorables Representantes, sobre los cuales se decidió con ustedes, no estudiarlos a fondo en esta oportunidad, por cuanto no llenaban el requisito exigido por el artículo 336 de la Constitución Política, de que el Proyecto sobre Régimen Propio del Monopolio debía ser presentado por el Gobierno nacional.

En este documento se analizan específicamente los efectos del proyecto sobre los fiscos departamentales; y lo he dividido en los siguientes puntos:

1. Régimen de Tarifas de la Renta de Licores vigentes en Colombia.
2. Propuesta del Proyecto de ley número 152 de 2015 en materia de tarifas.
3. Tarifas actuales, propuestas y diferencias.
4. Efectos fiscales si se aprueba el proyecto de ley.
5. Algunas observaciones puntuales al proyecto de ley.
6. Conclusiones.

1. Régimen de Tarifas de la Renta de Licores vigentes en Colombia

Las normas que actualmente rigen la Renta de Licores (Monopolio e Impuesto al Consumo de Licores Destilados) son las Leyes 14 de 1983, 223 de 1995, 788 de 2002 y 1393 de 2010.

En la Ley 1393 de 2010 se establecen las siguientes tarifas al Impuesto al Consumo de Licores Destilados (para una botella de 750 ml), que también son los montos mínimos que deben cobrarse como participación en los departamentos que hayan optado por el monopolio:

- a) Licores hasta 35 grados de contenido alcohólico: \$297 por cada grado de alcohol;
- b) Licores de 35 y más grados de contenido alcohólico: \$487 por cada grado de alcohol.

Como puede percibirse, la actual tarifa del impuesto al consumo es de carácter **específico** y se incrementa según el número de grados de contenido alcohólico del producto y con una marcada diferenciación al pasar de 35 grados, pues a partir de este nivel aumenta en forma más que proporcional la tarifa, lo cual no solo es razonable desde el punto de vista técnico¹, sino que va más allá, pues tiene una razonabilidad social, como lo es el desestimar el consumo de licores de los colombianos, en especial entre los jóvenes, tal como lo ha recomendado la Organización Mundial de Salud (OMS), con base en precios elevados.

¹ En ese sentido, no estamos de acuerdo con la afirmación que el Gobierno nacional hace en la Exposición de Motivos del proyecto cuando afirma “sin que existan razones técnicas que sustenten la situación” al referirse a esas diferencias tarifarias (página 12 párrafo 5), por cuanto desconoce razones sociales frente a intereses financieros.

2. Propuesta del Proyecto de ley número 152 de 2015 en materia de tarifas

En el Capítulo IV el proyecto de ley propone una modificación al régimen tarifario vigente, cuyo monto por botella de 750 ml, tendría dos componentes:

a) Un componente específico: \$200 por cada grado de alcohol²;

b) Un componente *ad valorem*: 25% sobre el Precio Neto de Venta al Público (PNVP)³.

En la determinación del monto del impuesto se elimina la diferenciación entre productos con base en los 35 grados de contenido alcohólico.

Lo propuesto aplica también para la cuantificación de la participación, en el caso de que los departamentos opten por el Monopolio.

En los aspectos de destinación de la renta de licores a salud, educación, deporte, se conserva el régimen vigente.

Debe señalarse que en la cuantificación de la renta de licores, el proyecto implica cambios sustanciales, los cuales se analizarán en los siguientes puntos.

3. Tarifas actuales, propuestas y diferencias

Dada la diferenciación de tarifas vigentes y los cambios propuestos, en este numeral se efectuarán los cálculos del monto del impuesto (por unidad de medida: botella de 750 ml) en dos partes y al final se integrarán los resultados obtenidos.

3.1. Tarifas actuales

- Licores hasta de 35 grados de contenido alcoholimétrico ⁴ :	29 (\$297); 40 (\$487);	
- Licores de más hasta de 35 grados de contenido alcoholimétrico ⁵ :		\$8.613 \$19.480

3.2. Tarifas de la propuesta y diferencias

3.2.1. Licores hasta de 35 grados de contenido alcoholimétrico:

² Esta tarifa se incrementará a partir del 1° de enero de 2017, en la meta de la inflación esperada.

³ PNVP: Precio de Venta al Público determinado por el DANE **menos** (-) Impuesto de consumo de licores o participación (y componente de IVA).

⁴ Se trabajará con las siguientes bases de cálculo que resultan de promedios de las variables indicadas: grados de contenido alcohólico: 29 GCA; Precio promedio (botella 750 ml): aguardiente \$20.000, ron: \$24.000, estos dos productos representan más del 99% de los licores nacionales que se producen y consumen en Colombia; volumen de ventas para los años 2015 y siguientes: aguardiente: 87,4 millones, ron: 24,7 millones (igual a los vendidos en el año 2014).

⁵ En este caso se trabajará con las siguientes bases de cálculo que resultan de promedios de las variables indicadas: grados de contenido alcohólico: 40 GCA; precio promedio (botella 750 ml): \$60.000; productos principales: **wiskies**, vodkas, tequilas, brandis, rones, nacionales y extranjeros. Debe señalarse que la mayor proporción de estos productos son importados. Volumen de ventas para los años 2015 y siguientes: 6,0 millones de botellas (el 5% del total de licores vendidos en el año 2014).

- Aguardiente:			\$8.613
Detallados así:			
- Componente 1. Específico:	29 (\$200):	\$5.800	
- Componente 2. <i>Ad valorem</i> :	0,25 (\$11.252):	\$2.813	
OBSERVACIÓN 1: La nueva tarifa total es igual a la actual.			
Ron			\$9.440
Detallados así:			
- Componente 1. Específico:	29 (\$200):	\$5.800	
- Componente 2. <i>Ad valorem</i> :	0,25 (\$14.560):	\$3.640	
OBSERVACIÓN 2: La nueva tarifa aumenta en \$867 la actual.			
3.2.2. Licores de más de 35 grados de contenido alcoholimétrico:			\$18.400
Detallados así:			
- Componente 1. Específico:	40 (\$200):	\$8.000	
- Componente 2. <i>Ad valorem</i> :	0,25 (\$41.600):	\$10.400	
OBSERVACIÓN 3: El impuesto disminuye en \$1.080 por botella			

4. Efectos fiscales si se aprueba el proyecto de ley

De acuerdo con las observaciones del punto anterior, y teniendo en cuenta los supuestos de cálculo mencionados en las Notas 4 y 5 (a pie de página), los efectos anuales del proyecto de ley sobre los fiscos departamentales son:

4.1. Licores de 35 GCA o menos:

- Por aguardiente: \$0.

- Por ron: \$21.415 millones.

Sobre el aguardiente, hay prácticamente un efecto neutro, porque en la tarifa actual y la proyectada se obtiene el mismo valor por impuesto de consumo (\$8.613).

En cambio sobre el ron sí hay efecto positivo, motivado por el componente *ad valorem*, que se introduce en el proyecto de ley.

4.2. Licores de más de 35 GCA:

- Efecto negativo de \$6.480 millones.

Este efecto se da al aplicar la disminución por unidad de medida a los 6 millones de botellas a vender en el año de licores que tienen más de 35 grados de contenido alcohólico.

4.3. Efecto total

Consolidando las cifras anteriores resulta un efecto favorable a los fiscos departamentales en la suma de \$14.935 millones en un año determinado⁶, cifra muy reducida que solo representa el 1,5% del total de ingresos del Impuesto al Consumo de Licores en el país en el 2014.

Lógicamente que si los departamentos decidieran elevar el monto a recaudar por este impuesto, podrían hacerlo acudiendo al aumento del precio de venta de sus productos, lo cual no es recomendable, pues esa subida de precios contraería el mercado, que cada vez se ha vuelto más competitivo, en especial por la introducción de licores extranjeros que se ha hecho visible en todo el país a través de múltiples formas

⁶ Año 2016, si en este se logra vender el mismo número de botellas vendidas en el año 2014. Si ello no se alcanza, el efecto sería negativo.

de comercio, entre otras: las grandes superficies, las cadenas de almacenes, las ventas por internet. Como efecto de ello, los licores nacionales han venido reduciendo sus volúmenes de ventas en los últimos años, disminuyendo el monto del imponible en pesos constantes, los cuales deberían haberse compensado con mayores valores producidos por el incremento en las ventas de licores extranjeros. Pero ello no ha ocurrido así, por cuanto los aumentos de ingresos por el concepto de licores importados han crecido en forma muy lenta, sin que se compense la disminución en los ingresos por ventas de licores nacionales.

Y con el criterio general del proyecto de ley, en donde prima el desmonte del monopolio estatal y del arbitrio rentístico, para ceder paso a los particulares con el fin de que no solo importen, distribuyan y vendan licores, sino que ejerzan libremente la actividad de producir alcoholes y licores, el efecto sobre los fiscos departamentales será nefasto a mediano y largo plazo con varias consecuencias que pueden ocurrir, como ya hay experiencias en las décadas pasadas, tales como: desaparición de las industrias de licores que hoy en día funcionan como empresas de los departamentos, con todas las consecuencias de carácter social, económico e institucional que ello conlleva; disminución de los ingresos de la renta de licores ocasionados por la merma en las ventas de las licorerías departamentales por la introducción de licores extranjeros, incremento del contrabando y de la adulteración de licores, que proliferarán con la multiplicación de los permisos para la producción e introducción de licores nacionales y extranjeros a los departamentos.

5. Algunas observaciones puntuales al proyecto de ley

Sobre el texto del proyecto de ley y de su exposición de motivos se efectúan las siguientes observaciones puntuales; que tienen incidencia directa o indirecta en la renta de licores:

1. El capítulo 2° del proyecto de ley trata del “Ejercicio del monopolio de licores destilados” y en 9 artículos hace referencia expresa a los temas de la producción e introducción de licores destilados, sin tener en cuenta que estas son solo dos partes del monopolio, el cual debe cubrir todo el proceso de producción, introducción, distribución y venta de licores, como precisa el Concepto del Consejo de Estado al Ministerio de Salud número 1458 de noviembre 7 de 2002: “El monopolio comprende el conjunto de actividades productivas cuyo objeto inmediato no es únicamente la transformación de la materia (producción), sino también la distribución o comercialización del producto industrial, introducción y venta. No se trata de tres monopolios diferentes, sino que el único existente comprende las tres fases o etapas: producción, distribución o comercialización (cuando se trate de actividades realizadas directamente por el ente territorial o por terceros a su nombre y previa la celebración de un contrato) o la introducción y venta en la jurisdicción de un ente territorial, bien de los productos elaborados y vendidos en la jurisdicción de otro departamento o fabricados en el exterior e importados al país”.

2. En los artículos 6° y 7° establece límites de entre 5 y 20 años para los permisos y los contratos

para la producción de licores destilados por parte de terceros respectivamente; lo cual implica dejar a las entidades territoriales comprometidas en lapsos de tiempo superiores a los períodos constitucionales de sus autoridades que son de 4 años, lo cual no es conveniente para la gobernabilidad del país, pues alterna la autonomía de las autoridades legítimamente elegidas por voto popular.

3. En cambio, en los artículos 8° y 9° no se dice nada de límites para los permisos a la introducción de licores destilados por parte de terceros. Al parecer, serían indefinidos, lo cual generaría inconvenientes administrativos y fiscales.

4. El artículo 9° no es claro en el establecimiento de requisitos para los permisos de introducción, porque en la redacción habla indistintamente de introducción y de proceso de producción, pero no concreta nada al respecto.

5. En la exposición de motivos, literal iii) de las modificaciones propuestas al régimen actual de determinación de la Tarifa del Impuesto al Consumo de Licores, se dice que los productos de más de 35 grados de contenido alcohólico tributan de forma más gravosa que los de menos de 35 grados, sin que existan razones técnicas que sustenten tal situación. Inclusive, esa ha sido una solicitud reiterada de los importadores de licores tratando de igualar dichas tarifas argumentando una discriminación entre licores nacionales y extranjeros; lo cual no existe, por cuanto esa diferencia sí tiene justificación técnica y social de ser, y son razones de salud, al tratar de disminuir con altos precios el consumo de bebidas de alto contenido alcohólico, y surge de una recomendación de la Organización Mundial de Salud (OMS) específicamente para Colombia. Y ello también lo vienen haciendo muchos países del mundo, en especial europeos.

Claro que si comparamos las especies de los productos licóricos nacionales y extranjeros se encuentra que una mayor proporción de licores extranjeros está en el rango superior a 35 grados de contenido alcohólico: *wiskies*, tequilas, brandis, vodkas, ginebras; aunque también se importan aperitivos de contenido alcohólico menor a 35 grados que pagan la tarifa inferior; mientras que la mayor parte de productos nacionales corresponden a rangos inferiores a 35 grados: aguardientes, rones, aperitivos; pero debe señalarse que también hay rones y brandis nacionales que llegan o superan los 35 grados, y por tanto deben pagar la tarifa más alta.

Por tanto, dicha diferencia tarifaria no está determinada por el origen de los licores entre nacionales y extranjeros, sino por los niveles de rangos de contenido alcohólico, sin importar la procedencia de esos productos. Pero en sentido neto, esa situación tarifaria es favorable a la producción nacional, y en ese sentido debe conservarse. Por tanto, nuestra recomendación es que siga esa diferenciación en el componente específico de la tarifa.

6. Conclusiones

Quiero concluir haciendo una referencia a uno de los seis objetivos que el Gobierno nacional plantea con el Proyecto de ley número 152 de 2015, que se refiere expresamente al tema fiscal. En la primera pági-

na de la exposición de motivos se plantean 6 objetivos del proyecto de ley, y el segundo dice textualmente:

“2. Fortalecer las finanzas territoriales”

De acuerdo con el análisis efectuado a lo largo de este documento, en especial en el Punto 4°, dicho objetivo está lejos de cumplirse, y al contrario, al combinar esos efectos fiscales positivos que son insignificantes, con el deterioro que la libre competencia en materia de la renta de licores destilados se ocasionará de aprobarse este proyecto de ley, en vez de fortalecimiento se ocasionará un detrimento de las finanzas territoriales, con lo cual se perjudicará la atención de servicios fundamentales de la población colombiana como la educación y la salud. Y todos esos resultados tan negativos tanto fiscal como socialmente, solo servirán para beneficiar a unos pocos importadores y distribuidores de licores nacionales extranjeros; incumpléndose así el principio constitucional de que la función del Estado debe privilegiar el interés general sobre el particular.

Lo expuesto en este documento nos lleva a concluir que el Proyecto de ley número 152 de 2015 es inconveniente para todos los departamentos colombianos, y por tanto para el país en su conjunto, debido a que ocasionará a mediano y largo plazo un fuerte deterioro fiscal de estos entes territoriales, en perjuicio de la atención de servicios esenciales para la población: la educación y la salud.

De los señores Directivos de Sintrabecólicas, con toda atención,


Hernán Vicente Pabón Dorado
Economista, Especialista en Administración Pública

COMENTARIOS AL PROYECTO DE LEY

por la cual se fija el régimen rentístico de licores destilados y se modifica el Impuesto al Consumo de Licores, Vinos, Aperitivos y similares, y se dictan otras disposiciones.

La justificación más importante para presentar estos proyectos de ley en varias oportunidades ante el legislativo, es el supuesto incumplimiento de los tratados económicos internacionales en materia impositiva de licores, vinos, aperitivos y similares, que adicionalmente es un punto crítico para la entrada de Colombia a la OCDE, ya que se considera que la tarifa es discriminatoria y que además no existen reglas claras para el ingreso a los departamentos.

Frente al sistema tarifario reiteramos lo que hemos expresado en varias oportunidades: que **el sistema tarifario actual no es discriminatorio para los productos importados**, puesto que este se basa en una tarifa dependiendo de la cantidad de grados alcoholométricos por cada producto, sin entender con ello que aquellos de mayor graduación sean únicamente los importados, como ejemplo de esta afirmación tenemos que: (i) nuestra fábrica de licores produce Vodka y Ginebra que superan los 35 grados alcoholométricos, por ende pagan la tarifa más alta y son de producción nacional, y (ii) los vinos, que en su mayoría son importados, están pagando la tarifa más baja, en este caso por el poco contenido de alcohol.

Consideramos que **sí deben existir reglas claras que regulen el monopolio en todos los departamentos**, pues siempre hemos visto con preocupación cómo el establecimiento de fronteras para la entrada de licores a las jurisdicciones departamentales se ha hecho de forma discriminatoria y sin reglas claras e incluso de una forma mucho más drástica para aquellos licores de producción nacional.

De acuerdo con lo anterior, nuestras consideraciones puntuales, en protección de la industria nacional y el recaudo de los ingresos tributarios departamentales, son:

MONOPOLIO:

El monopolio rentístico de licores (productos destilados con más de 15 grados) se establece en el artículo 336 de la Constitución. Esto quiere decir que **los licores son una excepción a la libre competencia** y ejerce sobre la producción, distribución, comercialización y venta en toda la jurisdicción departamental. Los recursos provenientes del monopolio de licores son la renta más importante para los departamentos, así lo es en Antioquia y como tal los defendemos. En ningún proyecto de ley puede establecerse como principio de la norma lo relativo la competencia, porque precisamente el monopolio es una excepción a esta. De este modo, consideramos nosotros, se estaría dando por terminado un derecho constitucional que tenemos los departamentos y se abren de este modo un sinnúmero de oportunidades para los importadores que con su músculo financiero podrían terminar con la industria licorera nacional. Se debe garantizar el acceso al mercado, siempre y cuando se aclare que esto corresponde a un mercado regulado, sin discriminación.

La justificación que presenta el Gobierno nacional para terminar tácitamente con el monopolio de licores en Colombia, son las exigencias que traen los tratados comerciales internacionales suscritos; es importante advertir que el ejercicio del monopolio ha sido reconocido en estos mismos acuerdos, puntualmente en los siguientes casos:

- TLC con Estados Unidos (artículos 13.5 y 13.6)
- TLC con Canadá (artículos 1305, 1306 y 1308)
- TLC con la Unión Europea (artículo 263)
- TLC con Estados EFTA - Suiza, Liechtenstein, Noruega, Islandia (artículo 8.5).

Además de lo anterior, varios de los países con los que Colombia ha suscrito tratados comerciales también ejercen el monopolio a los licores, incluso de una manera mucho más cerrada y controlada, como ejemplo se pueden citar los siguientes:

- Estados Unidos (Estados de Alabama, Idaho, Iowa, Maine, Maryland - condados de Montgomery, Somerset y Wicomico, Michigan, Minnesota - varias municipalidades, Mississippi, Montana, New Hampshire, North Carolina, Ohio, Oregon, Pennsylvania, South Dakota - varias municipalidades, Utah, Vermont, Virginia, West Virginia, Wyoming).
- Canadá (provincias de Ontario, Quebec, Alberta y British Columbia).

– Suecia (Systembolaget para productos con más de 3.5%).

– Finlandia (Alko).

– Noruega (Vinmonopolet).

En ejercicio del monopolio, y como mecanismo de protección a la industria licorera departamental, la ley deberá traer la posibilidad de establecer precios mínimos para los introductores y comercializadores, los cuales no deben ser inferiores a los precios de venta de los productos de la categoría similar o sustitutiva producidos por la licorera departamental.

TARIFA:

El sistema de tarifas específicas que hoy existe inició en 2002 con una reforma tributaria, antes de eso el monopolio de licores tenía tarifas *ad valorem* cuya base gravable eran los precios de venta al público que certificaba el DANE, el cambio al sistema actual se dio por el difícil control que esto representaba para los departamentos.

La ley trae las tarifas para el Impuesto al Consumo de Licores, vinos, aperitivos y similares y son actualizadas por la DAF anualmente. Si un departamento ejerce el monopolio, sus tarifas deben ser mínimo estas, pero pueden ser superiores si así lo aprueba su asamblea departamental, en Antioquia nuestras tarifas al monopolio son las que propone la DAF, para el año 2015 estas son:

- Para licores hasta 35 grados alcoholimétricos, \$297 por cada botella de 750 cc.

- Para licores mayores de 35 grados alcoholimétricos, \$487 por cada botella de 750 cc.

Las tarifas claramente están haciendo que se cobre el impuesto de acuerdo con el grado alcoholimétrico, por lo tanto no existe discriminación, además que no se hace diferencia en ningún momento el origen del producto (nacional o extranjero).

La mayoría de las propuestas que se han presentado, implican un cambio en el sistema de tarifas de los licores sujetos al monopolio, bien sea en un sistema *ad valorem* (un porcentaje del precio de venta al consumidor) o un sistema mixto que combine una tarifa específica como existe hoy y una tarifa *ad valorem*. En los análisis que hemos hecho no encontramos razón para que el país modifique el sistema tarifas específicas que existen en la actualidad porque los tratados comerciales no lo exigen, solo condicionan al país a “armonizar” las condiciones tributarias del monopolio.

Respecto a los diferentes esquemas de tarifas que se proponen, manifestarnos que:

1. Es claro que cuando el país dio el paso de un sistema *ad valorem* a uno de tarifas específicas, el impuesto al consumo de licores tuvo un importante crecimiento, tal y como lo demuestran los recaudos históricos.

2. Un sistema específico, cuya base gravable son los grados alcoholimétricos de acuerdo con la presentación del producto, garantiza una eficiente fiscalización del impuesto; pues no depende de valores que pueden ser manipulados como el precio de venta al

público; precio de venta al detallista o precio de fábrica que tienen otros sistemas impositivos.

3. Con el sistema actual los departamentos garantizan el recaudo efectivo de sus impuestos; porque las fábricas de licores causan el impuesto con la salida de la planta, y los licores importados en el momento justo de entrada al país.

4. Con una propuesta de armonización de la estructura tributaria que continúe con el sistema de tarifas específicas, damos pleno cumplimiento a los tratados internacionales que suscribió nuestro país con otras economías, seguimos garantizando el recaudo y el control efectivo del impuesto, pero además seguimos alineados con un sistema que es usado en otras partes del mundo como Estados Unidos de América, como ejemplo es importante enunciar los siguientes casos:

ESTADOS UNIDOS:

Cerveza: US\$0,58/Gal

Vino: (i) US\$1,07/Gal para menos de 14%, (ii) \$1,57/Gal de 14% a 21%; (iii) \$3,15/Gal de 21 a 24%

Licores: US\$13.5/Gal.

FRANCIA:

Vino Espumoso: €9,23/HI + IVA de 20%

Vino no Espumoso: €3.72/HI + IVA de 20%

Licores hasta 18%: €1.718,61/HI de alcohol puro + IVA de 20% (PVP)

Licores de más de 18%: €2.260, 94/HI de alcohol puro + IVA de 20% (PVP).

REINO UNIDO

Vino Espumoso: €427,95/HI + IVA de 20% (PVP)

Vino no Espumoso: €334,11/HI + IVA de 20% (PVP)

Licores: €3.535,01/HI de alcohol puro + IVA de 20% (PVP).

5. Las obligaciones que han contraído Colombia en los tratados de Libre Comercio con otros países no nos obligan a cambiar la estructura tributaria, solo nos exigen armonizar los impuestos y tener garantías de igualdad ente importadores y productores situación que hoy estamos cumpliendo, por lo tanto estas propuestas buscan modificar un sistema que está funcionando muy bien y sin que sea necesario.

6. Hemos estudiado todas las alternativas a profundidad y concluimos y proponemos continuar con el sistema de tarifas específicas, en donde estas se vayan igualando en un período de diez años, esto no implicaría una disminución de los impuestos recibidos (pese a que los licores de más de 35 grados si pagarán menos impuestos pues se irán desgravando en el tiempo), al contrario los recursos provenientes del impuesto al consumo tendrían un crecimiento en el tiempo debido a que en su mayor proporción corresponde a los licores de menos de 35 grados alcoholimétricos.

7. Un sistema de tarifas específicas armonizado en el tiempo también garantiza que los licores de nuestras fábricas sean competitivos frente a los importados porque como no hay una caída en el recaudo del

impuesto, por ende tampoco los recursos de libre destinación, que son los que alimentan nuestras fábricas y empresas licoreras. Podríamos seguir adelantando procesos de innovación, renovación tecnológica y apertura de mercados, para seguir compitiendo en un entorno que cada vez es más difícil.

8. En el proyecto de ley presentado por el Gobierno nacional se propone una tarifa mixta, cuyo componente *ad valorem* es el 25% de precio de venta al público, certificado por el DANE. Este sistema sería ineficiente, complejo y de difícil fiscalización. Se tendría que revisar qué capacidad tiene esta entidad para determinar el precio de venta al público de cada uno de los licores que ingresan a cada departamento (en los departamentos el mercado se comporta de forma distinta), y de no demostrarse esta capacidad, se deben establecer los mecanismos para homologar los precios que no se encuentran certificados, así como también establecer las herramientas que tendrían los departamentos para informar las diferencias entre estos precios teóricos y los que existen en la realidad, que en definitiva afectarían el recaudo de los impuestos departamentales. Cualquier sistema específico con un *ad valorem* facilitará la evasión y la corrupción, puesto que los precios reportados pueden no corresponder a la realidad con el propósito de pagar menos impuestos y ganar mercado, menoscabando las finanzas departamentales y acabando con las empresas licoreras.

9. En el proyecto de ley presentado por el representante Alejandro Carlos Chacón propone un sistema con IVA especial, que sería recaudado por la DIAN (actualmente en el sistema de tarifas específicas, el IVA está incorporado y cedido a los departamentos). En esta propuesta, el cálculo de la base gravable (precio de venta en la factura al primer no vinculado económico) es compleja y puede dar lugar a manipulación por parte de los productores o importadores. Así mismo para los departamentos es de difícil fiscalización y control y afectaría el flujo de caja de los entes territoriales, en la medida en qué existirá un período de espera entre el recaudo y el momento en que la DIAN entrega los recursos, además que esta propuesta haría que retrocediéramos en lo que se ha avanzado respecto a la descentralización del país.

10. Las propuestas que traen los proyectos de ley, no son claras respecto a cómo se calcula el impuesto esperado para los departamentos con el cambio en la legislación, es importante que compartan con nosotros la naturaleza de los datos y la forma como se hicieron las proyecciones.

De acuerdo con las anteriores consideraciones, nuestra posición es adoptar la propuesta de un sistema de tarifas específicas que se armonicen en un periodo de 10 años.

TRATO PREFERENCIAL:

Cuando hablamos del mismo trato, debemos hacer claridad a que este se refiere a un trato sin discriminación dentro de la jurisdicción departamental. Antioquia, por ejemplo no puede garantizar el mismo trato que le dan a un importador en otro departamento.

Pensamos que deben dejarse herramientas para que se garantice el trato igualitario en el ejercicio de

la actividad económica, pero también se debe dejar establecida la posibilidad para que el departamento y su fábrica o empresa licorera tomen medidas de protección de su marca, productos o categorías de productos. En este sentido, queremos manifestar que un departamento no debe negar la entrada de una clase de licor a un productor o importador, cuando en su jurisdicción ya lo ha autorizado a otro particular.

AUTORIZACIÓN:

Del mismo modo, la propuesta es explícita a que en los únicos casos en los que los departamentos podrán prohibir o limitar la introducción, distribución y/o venta de licores en el territorio de su jurisdicción, será cuando incumplan, alguna de las condiciones establecidas en la producción (Buenas Prácticas de Manufactura (BPM)) sin embargo, no se tiene en cuenta la potestad de los departamentos para no autorizar el ingreso de productos sujetos al monopolio cuando se afecta el ejercicio de su propia actividad en la producción, comercialización y venta para al menos una de sus categorías específicas.

TÉRMINO PARA RESPONDER LA SOLICITUD:

Antioquia para atender una solicitud, incluye el análisis alcoholimétrico y de mercado a los productos, tiempo que depende de la cantidad de solicitudes y procesos que tenga la FLA, y aunque tenemos tiempos de respuesta muy efectivos, no podemos garantizar que siempre se puedan hacer en menos de 30 días, so pena que opere el Silencio Administrativo Positivo. Este sería un riesgo altísimo para los departamentos.

IMPOSICIÓN DE CARGAS ADICIONALES:

Siempre y cuando las cargas adicionales se establezcan para todos los productores, introductores y comercializadores de licores en los departamentos, estas pudieran seguir existiendo en los términos que la norma hoy lo permite, pues esto no estaría discriminando en ningún sentido. Se debe tener en cuenta que muchos departamentos tienen cargas adicionales, como las estampillas, que financian programas de inversión en los departamentos y estos recursos deben hacer parte del análisis económico que se presente. En Antioquia por ejemplo, se paga la estampilla Universidad de Antioquia, que equivale al 2% del precio de venta por unidad de licor, vino, aperitivo similares; esta estampilla recaudó 13.744 millones de pesos.

PROTECCIÓN ESPECIAL A LA CATEGORÍA DE ANISADOS:

Por último queremos proponer, y como lo hemos manifestado en todas las oportunidades, una protección especialmente la categoría de anisados, como producto insignia y líder en el país, prohibiendo la introducción, distribución, comercialización y/o venta en todo el territorio nacional, de productos de origen extranjero como: aguardientes, licores anisados, similares o sustitutos por un periodo de veinte (20) años.

IMPACTO PARA ANTIOQUIA:

Uno de los argumentos del gobierno nacional para modificar la ley es que los ingresos tributarios de los departamentos subirían. Sin embargo, este análisis no está contemplando otros ingresos.

Actualmente, por concepto de licores, vinos, aperitivos y similares Antioquia recauda cerca de \$829.000 millones de pesos, discriminados de la siguiente forma:

- Impuesto al consumo: 230.000 millones
- IVA: 118.000 millones
- Utilidad comercial de los licores y aperitivos producidos por la FLA: 481.000.

De estos recursos, la FLA aporta el 94%, es decir \$780.000 millones de pesos, lo que significa que es el recurso más importante para el departamento, es por esto que cualquier modificación a la legislación actual debe tener en cuenta que a la FLA como fábrica de origen 100% público se le debe garantizar la generación de valor.

Con los precios de venta al público que se tienen hoy para los licores que se consumen en el departamento, de acuerdo con nuestras estimaciones, el recaudo del Impuesto al Consumo se incrementaría en \$40.000 millones de pesos, pero sería una equivocación no advertir dos cosas:

(i) Si el sistema impositivo depende fuertemente de un *ad valorem* respecto al precio de venta al público, el mercado naturalmente hará que, con el propósito de ganar mercado, los precios de venta bajen y la carga impositiva lo haga igual, no alcanzando de este modo el incremento en el impuesto que hoy estamos estimando. Esto es una realidad en todos los sectores de la economía, para ganar mercado se toman medidas que son difíciles de comprobar, como ganar mercado, incluso, por debajo del costo de producción (a pérdida) para que cuando se tenga una posición dominante se puedan manejar los precios de acuerdo con la nueva necesidad financiera de las compañías, situación que no soportarían las licoreras departamentales.

(ii) El decrecimiento de los precios que necesariamente sucedería bajo el sistema de tarifas que propone el Gobierno nacional, no harán que los ingresos del impuesto al consumo estén por debajo del nivel que actualmente recauda el departamento, pero los recursos provenientes de la utilidad comercial como resultado de la producción, distribución y venta de los productos de la FLA irán disminuyendo en el tiempo (hasta el momento en que necesariamente la fábrica deba desaparecer o venderse) y estos recursos jamás podrán ser compensados por el incremento en los impuestos recaudados.

De acuerdo con nuestros cálculos, de los \$780.000 millones de pesos que la FLA entrega actualmente al departamento, en un lapso de cinco años estará entregando solo \$350.000, esto quiere decir que los demás licores de producción nacional y extranjera deberán aportar \$442.000 millones de pesos, cuando hoy solo alcanza a representar \$49.000.

Esta disminución se presenta por que el mercado en el quinto año estaría vendiendo 32,1 millones de botellas de 750cc (25,8 de aguardiente y 6,2 de ron), una disminución del 44,7% respecto al mercado que tiene hoy la FLA en el país: 58 millones de botellas, 44 de aguardiente y 14 de ron.

CONTENIDO

Gaceta número 1076 - Miércoles, 23 de diciembre de 2015	
SENADO DE LA REPÚBLICA Págs.	
CONCEPTOS JURÍDICOS	
Concepto jurídico del Ministerio de Hacienda y Crédito Público al Proyecto de ley número 08 de 2014 Senado, por medio de la cual se expiden normas para la protección y utilización de la zona costera del territorio marino costero de la Nación y se dictan otras disposiciones (ponencia para segundo debate).....	1
Concepto jurídico del Ministerio de Hacienda y Crédito Público al Proyecto de ley número 72 de 2014 Senado, por la cual se regula el sector de vigilancia y seguridad privada en Colombia y se dictan otras disposiciones	2
Concepto jurídico del Ministerio de Hacienda y Crédito Público al Proyecto de ley número 130 de 2014 Cámara, 34 de 2015 Senado, por medio de la cual la Nación se asocia a la conmemoración del Bicentenario del sitio Cartagena de Indias - Ciudad Heroica y exalta la memoria de los cartageneros que resistieron 105 días	4
Concepto jurídico del Ministerio de Salud y Protección Social al Proyecto de ley número 53 de 2015 Senado, por medio de la cual se adiciona un artículo a la Ley 1251 de 2008 y se regula la cuota provisional de alimentos a las personas adultas mayores	7
Concepto jurídico de la Superintendencia Financiera de Colombia al Proyecto de ley número 60 de 2015 Senado, 159 de 2014 Cámara, por la cual se dictan normas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción transnacional y se dictan otras disposiciones en materia de lucha contra la corrupción.....	11
Concepto jurídico de la Central Unitaria de Trabajadores de Colombia al Proyecto de ley número 018 de 2015 Senado, por la cual se promueve el acceso al trabajo para personas con discapacidad y se dictan otras disposiciones; y el Proyecto de ley número 011 de 2015 Senado, por medio de la cual se establecen medidas de protección para personas en condición de discapacidad y se dictan otras disposiciones	12
Concepto jurídico del Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industria de las Bebidas Alcohólicas, Fermentadas y Espumosas (Sintrabecólicas) al Proyecto de ley número 152 de 2015, por medio de la cual se fija el régimen propio del monopolio rentístico de licores destilados, se modifica el impuesto al consumo de licores, vinos, aperitivos y similares, y se dictan otras disposiciones.....	17
Concepto jurídico sobre el Proyecto de ley número 152 sobre monopolio rentístico de licores destilados.....	21