

REPÚBLICA DE COLOMBIA



GACETA DEL CONGRESO

SENADO Y CÁMARA

(Artículo 36, Ley 5a. de 1992)

IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA
www.imprenta.gov.co

ISSN 0123 - 9066

AÑO XIX - N° 334

Bogotá, D. C., jueves, 10 de junio de 2010

EDICIÓN DE 16 PÁGINAS

DIRECTORES:

EMILIO RAMÓN OTERO DAJUD
SECRETARIO GENERAL DEL SENADO
www.secretariassenado.gov.co

JESÚS ALFONSO RODRÍGUEZ CAMARGO
SECRETARIO GENERAL DE LA CÁMARA
www.camara.gov.co

RAMA LEGISLATIVA DEL PODER PÚBLICO

SENADO DE LA REPÚBLICA

PONENCIAS

INFORME DE PONENCIA PARA PRIMER DEBATE AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 58 DE 2009 SENADO

*por la cual se definen normas sobre la
responsabilidad social empresarial, la protección
infantil y se dictan otras disposiciones.*

Bogotá, D. C., 15 de mayo de 2010

Doctor

RODRIGO LARA

Presidente Comisión Séptima Constitucional

Senado de la República

Ciudad

Respetado doctor:

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 150, 153 y 156 de la Ley 5ª de 1992, procedo a rendir informe de ponencia para primer debate al Proyecto de ley número 58 de 2009 Senado, **por la cual se definen normas sobre la responsabilidad social empresarial, la protección infantil y se dictan otras disposiciones.**

Atentamente,

Honorable Senador *Luis Carlos Avellaneda Tarazona*,

Senador Ponente.

PONENCIA PARA PRIMER DEBATE AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 58 DE 2009 SENADO

*por la cual se definen normas sobre la
responsabilidad social empresarial, la protección
infantil y se dictan otras disposiciones.*

Objeto del proyecto

El objeto del proyecto de ley se centra en la promoción de “*comportamientos voluntarios so-*

cialmente responsables” por parte de las empresas privadas, principalmente en aspectos relacionados con el trabajo infantil, la erradicación de la pobreza, el respeto de los Derechos Humanos y la protección del medio ambiente.

Contenido del proyecto

El proyecto consta de 10 artículos así:

Artículo 1°. Define el objeto de la ley.

Artículo 2°. Establece el campo de aplicación de la ley, limitándolo a las empresas medianas y grandes en los términos del artículo 2° de la Ley 590 de 2000.

Artículo 3°. Define beneficios para las micro y pequeñas empresas que decidan acogerse a la ley de responsabilidad social, y además, dispone que las empresas objeto de la ley “podrán” desarrollar programas socialmente responsables en beneficio de la población vulnerable.

Artículo 4°. Fija criterios de interpretación de la ley, donde privilegia posibles impactos sociales y ambientales y prohíbe interpretaciones tendientes a gravar el “giro económico de las empresas”.

Artículo 5°. Dispone la obligación de presentar informes anuales en materia de Responsabilidad Social Empresarial, a las empresas que se acojan a la ley y fija un plazo de gracia para el primer año de vigencia de la misma, durante el cual el informe será provisional y voluntario.

Artículo 6°. Se refiere a la actividad empresarial y dispone que en ella las empresas deberán realizar una valoración del impacto ambiental, social, económico y financiero.

Artículo 7°. Establece la potestad del Gobierno Nacional para reglamentar la puesta en marcha de un Consejo de responsabilidad Social empresarial y determina su composición y funciones.

Artículo 8°. Dispone la promoción por parte del Gobierno Nacional de la certificación “Socialmente Responsable” para las empresas que se acojan a la ley.

Artículo 9°. Promueve el desarrollo de un programa interinstitucional de Responsabilidad Social Empresarial sin explotación laboral infantil, para lo cual dispone implementar una etiqueta que certifique que las empresas han elaborado sus productos sin la explotación de mano de obra infantil.

Artículo 10. Se refiere a la vigencia de la ley.

Origen del proyecto

El proyecto tiene su origen en el Senado de la República, presentado por la honorable Senadora Alexandra Moreno Piraquive y el honorable Senador Manuel Virgüez, el día 4 de agosto del año en curso, radicado con el número 58 y repartido a la Comisión Séptima Constitucional permanente, donde se designaron como ponentes a los honorables Senadores Jorge Enrique Gómez, Dilian Francisca Toro y al suscrito, sin embargo, no fue posible llegar a un acuerdo satisfactorio acerca del contenido de la ponencia, razón por la cual radicó ponencia de manera individual.

Análisis del proyecto

El diseño del concepto de Responsabilidad Social Empresarial (RSE) o Responsabilidad Social Corporativa (RSC), obedece en alguna medida al reconocimiento de la existencia de externalidades negativas, ocasionadas en el proceso de producción, las cuales, en la etapa de la globalización han extendido su impacto más allá de las fronteras nacionales, máxime con la deslocalización de la producción propia de dicho fenómeno.

Sin embargo, el desarrollo del concepto de RSE o RSC, ha estado limitado a la implementación de prácticas corporativas, códigos internos de conducta y sistemas privados de regulación, que en la práctica no hacen vinculantes para las corporaciones la obligación de respetar los Derechos Humanos, económicos, sociales y culturales y la sostenibilidad del medio ambiente, sino que se limita a la “buena voluntad” corporativa en el marco del difuso concepto de “ética empresarial”. De esta manera, en oposición al alto grado de desarrollo que ha alcanzado el Derecho Comercial Global, diseñado para proteger los intereses económicos de las firmas privadas, bajo la óptica de la RSE, derechos sociales como el derecho a un ingreso digno, el derecho a tener condiciones dignas de trabajo, el derecho a gozar de un medio ambiente sano y sostenible, entre otros, transitan al vaivén de la lógica de la rentabilidad

empresarial, puesto que, como lo plantean juristas expertos en el tema: “*el marco jurídico, político y económico en el que se construye la lógica voluntaria del cumplimiento de las obligaciones de las empresas... se contraponen con la lógica normativa, imperativa, coercitiva y con efectos vinculantes de los derechos que poseen*” por lo tanto “*la extensión de la RSC y de los códigos de conducta impide, de facto la evolución de los sistemas de controles normativos capaces de neutralizar el Derecho Comercial Global*”¹.

En este orden de ideas la RSE se presenta más como una herramienta publicitaria, una estrategia de posicionamiento de marca, de fidelización de clientes y/o de mejoramiento de la imagen corporativa, toda vez que la “voluntariedad” y discrecionalidad con la que cuentan las corporaciones en esta materia, les permite dirigir la atención hacia aquellas áreas en las cuales presentan debilidades, bien sea por los impactos negativos que generan hacia la comunidad o por sus prácticas de competencia. Así, por ejemplo los informes periódicos en materia de RSE y los sellos y certificados socialmente responsables, añaden un “plus” a la necesaria diferenciación de los productos, en el marco de un sistema mercantil de competencia monopolista.

De esta manera, en esta etapa de la discusión debería ser claro que la RSE más allá de ser un mecanismo de mitigación del impacto negativo que pueden ocasionar los procesos de producción en las comunidades, se erige como una estrategia de mercado, así, bajo esta lógica, debería ser el propio mercado quien premie o castigue el comportamiento corporativo, con lo cual, no encuentra justificación plantear el otorgamiento de beneficios adicionales a las empresas “socialmente responsables”.

El proyecto de ley

El proyecto de ley que se presenta a consideración del honorable Congreso de la República se inscribe bajo la lógica descrita anteriormente, a saber: la promoción de comportamientos voluntarios socialmente responsables, en materia de la protección de la niñez, la erradicación del trabajo infantil, la erradicación de la pobreza, el respeto de los Derechos Humanos y los comportamientos responsables ambientales basados en la prevención y la reparación de daños ambientales, todo ello bajo la premisa de no “*gravar el giro económico de las empresas en sus actividades*”.

Para lo anterior el proyecto contempla la posibilidad de poner en marcha un Consejo de Responsabilidad Social Empresarial, cuya creación y reglamentación queda sujeta a la discrecional

¹ Hernández Zubizarreta, Juan y Ramiro Pedro. “La Responsabilidad Social Corporativa: de la Ética a la Rentabilidad”.

potestad del Gobierno; dispone la obligación de las empresas que se acojan a la ley de presentar informes anuales sobre sus prácticas en materia de RSE; concede algunos beneficios a las micro y pequeñas empresas que decidan acogerse a la ley y dispone el reconocimiento a las empresas que no utilicen mano de obra infantil en la elaboración de sus bienes y servicios.

En cuanto a la justificación del proyecto de ley, la exposición de motivos si bien, plantea la posibilidad de establecer sanciones a las empresas y de habilitar la acción de cumplimiento para RSE, ello no encuentra desarrollo en el articulado propuesto, por demás, se resalta la pertinencia de adoptar prácticas corporativas “socialmente responsables” en materia de Derechos Humanos, medio ambiente, relaciones con la comunidad, etc., y sus efectos en materia de reducción de costos, mejoras de productividad y eficiencia.

Concepto

De acuerdo a lo expuesto anteriormente, me permito presentar mi concepto sobre el presente proyecto de ley en los siguientes términos:

- El proyecto de ley se construye con el objeto de disminuir el impacto de las externalidades negativas que generan las empresas en el desarrollo del proceso de producción. Sin embargo, estando inscrito bajo la lógica de la RSE, no puede avanzar más allá de la voluntariedad y por lo tanto, dicha mitigación del impacto negativo depende de la ética empresarial, sin que existan mecanismos adicionales de control efectivo en materia de cumplimiento de la ley laboral, ambiental y demás.

- Si bien es deseable para la sociedad la implementación de buenas prácticas empresariales que contribuyan a mejorar la calidad de vida de la población, enmarcadas en la protección de la niñez, la erradicación de la pobreza, el respeto por los Derechos Humanos y la protección del medio ambiente, ello requiere de un marco normativo eficaz, vinculante y con las herramientas adecuadas para garantizar su cumplimiento, cosa que a nuestro juicio se encuentra ausente en el articulado propuesto.

- En gracia de discusión, aun aceptando posibles efectos positivos a partir de la creación del Consejo de Responsabilidad Social Empresarial y el reconocimiento a las empresas “Socialmente Responsables”, considero que lo primero, es finalmente potestativo del Ejecutivo y lo segundo, reviste más un carácter publicitario dirigido al mercado, con lo cual no se encuentra la necesidad de desarrollo por la vía legislativa, es decir, a mi juicio el proyecto de ley no cumple claramente con el principio de utilidad normativa, toda vez que el cumplimiento de su objeto depende finalmente de la voluntad del Gobierno y de las empresas a las que va dirigido, y

bien pueden hacerlo sin que medie norma ad hoc. A contrario sensu la adopción de esquemas voluntarios y unilaterales de responsabilidad social, pueden convertirse en obstáculos para la implementación de normas verdaderamente vinculantes y obligatorias de protección social en sentido amplio.

- Por último, en materia de protección al trabajo infantil, considero que este es más un problema de oferta que de demanda, es decir, que una política pública de protección al trabajo infantil debe estar dirigida a mantener los niños en las escuelas mediante la gratuidad de la educación; a eliminar la necesidad de los hogares de generar ingresos adicionales a los del jefe de hogar, a través de políticas de salarios dignos y protección familiar, entre otras, que eliminen la necesidad a los niños de emplearse (oferta) más que políticas dirigidas a desestimular la demanda de mano de obra infantil como es el caso del proyecto bajo estudio.

Consideración especial sobre el Trabajo Infantil

Sin embargo, dada la prevalencia y el carácter fundamental que a la luz de nuestra Constitución² poseen los derechos de los niños, las niñas y las y los adolescentes, considero necesario exponer con mayor detalle lo referente a la eliminación del Trabajo Infantil y su relación con el presente proyecto de ley.

En este sentido, si realizamos una revisión de nuestro ordenamiento jurídico en este tema en particular encontramos que la Ley 1098 de 2006, “Código de la Infancia y la Adolescencia”, posee varias regulaciones sobre el trabajo de los Niños las Niñas y las y los Adolescentes, de las cuales destacamos:

- Artículo 20. *Derechos de protección.* Los niños, las niñas y los adolescentes serán protegidos contra:

2. La explotación económica por parte de sus padres, representantes legales, quienes vivan con ellos, o cualquier otra persona. Serán especialmente protegidos contra su utilización en la mendicidad.

12. El trabajo que por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo es probable que pueda afectar la salud, la integridad y la seguridad **o impedir el derecho a la educación.**

13. Las peores formas de trabajo infantil, conforme al Convenio 182 de la OIT.

- Artículo 35. *Edad mínima de admisión al trabajo y derecho a la protección laboral de los adolescentes autorizados para trabajar.* La edad mínima de admisión al trabajo es los quince (15) años. Para trabajar, los adolescentes entre los 15 y 17 años **requieren la respectiva autorización expedida por el Inspector de Trabajo** o, en su defecto, por

² Constitución Política de Colombia, artículo 44.

el Ente Territorial Local y gozarán de las protecciones laborales consagrados en el régimen laboral colombiano, las normas que lo complementan, los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia, la Constitución Política y los derechos y garantías consagrados en este código.

De lo anterior podemos extraer varias cuestiones fundamentales. En primer lugar, que en Colombia está absolutamente prohibido el trabajo para los niños menores de 15 años; segundo, que aunque se permite el trabajo para los adolescentes entre 15 y 17 años, este debe realizarse con la autorización y bajo la supervisión y regulación del Estado, y en ningún caso en condiciones que pueda afectar la salud, la integridad o la seguridad, o bajo las consideradas Peores Formas de Trabajo Infantil, a la luz del Convenio 182 de la OIT³; y tercero, lo que a nuestro juicio reviste carácter fundamental, que de cualquier manera, el ejercicio del derecho al trabajo por parte de los adolescentes no puede impedir el ejercicio del derecho a la educación.

De esta manera, el mismo Código de la Infancia, en sus artículos 113 a 117, determina las condiciones bajo las cuales se acepta el trabajo de los adolescentes entre los 15 y 17 años, así:

- Artículo 113, regula las Autorizaciones de Trabajo para los Adolescentes, de lo que destacamos los numerales 1 y 4:

“1. Deberá tramitarse conjuntamente entre el empleador y el adolescente;

4. Para obtener la autorización se requiere la presentación del certificado de escolaridad del adolescente y si este no ha terminado su formación básica, el empleador procederá a inscribirlo y, en todo caso, a facilitarle el tiempo necesario para continuar el proceso educativo o de formación, teniendo en cuenta su orientación vocacional.”

- Artículo 114, regula la jornada de trabajo, donde los menores de 17 años no pueden trabajar más de seis horas diarias, treinta horas semanales y máximo hasta las seis de la tarde, mientras que los

adolescentes de 17 años, no podrán trabajar más de ocho horas diarias, 40 semanales y máximo hasta las ocho de la noche.

- Artículo 115, plantea que el salario debe ser proporcional al tiempo de trabajo, y en ningún caso, inferior al mínimo legal.

- Artículo 116, regula la jornada para la adolescente materna, la cual no puede ser superior a cuatro horas, a partir del séptimo mes de embarazo y durante la lactancia, sin disminución de su salario y prestaciones.

- Artículo 117, **plantea la prohibición de los trabajos peligrosos y nocivos**, lo cual está exhaustivamente regulado en la Resolución 1677 de 2008 del Ministerio de la Protección Social, que además se actualiza cada dos años con la participación del ICBF.

Finalmente, para determinar el papel que debe cumplir el Estado colombiano frente a la protección de la Niñez, además de lo contenido en nuestra Constitución Política, el Código de la Infancia, de manera explícita y taxativa, enumera en su **artículo 41** las obligaciones que este debe cumplir en todos sus niveles, de las cuales para el caso que nos ocupa destacamos:

- “18. **Asegurar los medios y condiciones que les garanticen la permanencia en el sistema educativo y el cumplimiento de su ciclo completo de formación**”.

- “29. **Asegurar que no sean expuestos a ninguna forma de explotación económica** o a la mendicidad y abstenerse de utilizarlos en actividades militares, operaciones psicológicas, campañas cívico-militares y similares”.

- “32. **Erradicar las peores formas de trabajo infantil, el trabajo de los niños y las niñas menores de 15 años, proteger a los adolescentes autorizados para trabajar, y garantizar su acceso y la permanencia en el sistema educativo**”.

Considerando lo expuesto, es claro que existen en nuestro ordenamiento jurídico normas vinculantes y obligaciones que permiten avanzar en la erradicación del trabajo infantil y en la protección de la niñez, las cuales, si bien son susceptibles de mejorarse constituyen elementos superiores a la voluntariedad empresarial planteada en el proyecto de ley que se encuentra bajo nuestra revisión.

Obviamente es un imperativo democrático y humanista la erradicación del trabajo infantil y la dedicación exclusiva de los Niños, las Niñas y las y los Adolescentes, a las actividades de formación personal humana e intelectual, sin embargo, como ya se planteó, la vía para avanzar hacia allí, es a través de la elevación de las condiciones materiales y de igualdad de la sociedad en general, y no ofreciendo

³ OIT, Convenio 182, artículo 3º: A los efectos del presente Convenio, la expresión las peores formas de trabajo infantil abarca:

a) Todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y el tráfico de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados;

b) La utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas;

c) La utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la realización de actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes, tal como se definen en los tratados internacionales pertinentes, y

d) El trabajo que, por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños.

“estímulos” a las empresas para que no utilicen mano de obra infantil. Aun así, como se demostró, el Estado colombiano está obligado y cuenta con herramientas jurídicas vinculantes para impedir la utilización de mano de obra infantil en el proceso de producción, salvo en casos donde esté garantizada la protección de los derechos fundamentales y superiores de los adolescentes mayores de 15 años.

Podríamos entonces, proponer la extensión de la prohibición a los menores de 18 años, sin embargo, considero que no es dable desconocer, que aunque fuere de manera complementaria a procesos de formación media vocacional o superior, existen menores de edad con la necesidad de trabajar a quienes no puede impedírsele el derecho a hacerlo.

Así entonces, siendo necesario avanzar en la protección de la Niñez y en la erradicación del Trabajo Infantil, a nuestro juicio, el camino no es a través de la RSE o la RSC.

En conclusión, atendiendo las consideraciones expuestas me permitiré proponer a la honorable Comisión Séptima del Senado de la República, ordenar el archivo del proyecto de ley que se encuentra bajo nuestra consideración.

Proposición:

Por las consideraciones anteriormente expuestas, propongo a los honorables Senadores de la Comisión Séptima Constitucional Permanente, ordenar el archivo del Proyecto de ley número 58 de 2009 Senado, *por la cual se definen normas sobre la responsabilidad social empresarial, la protección infantil y se dictan otras disposiciones.*

Cordialmente;

Honorable Senador
Luis Carlos Avellaneda Tarazona,
Senador Ponente.

COMISIÓN SÉPTIMA CONSTITUCIONAL PERMANENTE DEL HONORABLE SENADO DE LA REPÚBLICA

Bogotá D. C., a los ocho (8) días del mes de junio año dos mil diez (2010)

En la presente fecha se autoriza la **publicación en la Gaceta del Congreso**, de la República, el informe de ponencia para primer debate, en diez (10) folios, **al Proyecto de ley número 58 de 2009 Senado, se definen normas sobre la responsabilidad social empresarial, la protección infantil y se dictan por la cual otras disposiciones.** Autoría del proyecto de ley de los honorables Congresistas: *Alexandra Moreno Piraquive, Manuel Virgüez, Dilian Francisca Toro Torres y Gloria Stella Díaz Ortiz.*

El Secretario,

Jesús María España Vergara.

NOTA SECRETARIAL

El presente informe de ponencia para primer debate, que se ordena publicar, con proposición de archivo, está refrendado por el honorable Senador *Luis Carlos Avellaneda Tarazona*, en su calidad de ponente. Los honorables Senadores, *Dilian Francisca Toro Torres y Jorge Enrique Gómez Montealegre*, no refrendaron el presente informe de ponencia.

El Secretario,

Jesús María España Vergara.

INFORME DE PONENCIA PARA PRIMER DEBATE AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 172 DE 2008 CÁMARA, 334 DE 2009 SENADO

por medio de la cual la Nación se asocia a la celebración de los setenta y cinco años de la Institución Educativa Santa María Goretti de Mocoa, Putumayo, se autorizan apropiaciones presupuestales y se dictan otras disposiciones.

Bogotá D. C., junio 10 de 2010

Doctor

JUAN CARLOS RESTREPO ESCOBAR

Presidente

Comisión Cuarta Constitucional Permanente

Senado de la República

Cordial saludo:

En cumplimiento de lo establecido en los artículos 150, 153 y 156 de la Ley 5ª de 1992, y lo designado por la Mesa Directiva de la Comisión Cuarta del Senado de la República, presento adjunto informe de ponencia para primer debate al Proyecto de ley número 172 de 2008 Cámara, 334 de 2009 Senado, *por medio de la cual la Nación se asocia a la celebración de los setenta y cinco años de la Institución Educativa Santa María Goretti de Mocoa, Putumayo, se autorizan apropiaciones presupuestales y se dictan otras disposiciones.*

Atentamente,

Carlos Enrique Alvarado,
Senador de la República.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I. Antecedentes

La iniciativa propuesta por el honorable Senador Jorge Eliécer Guevara, pretende que la Institución Educativa Santa María Goretti, siendo una de las principales instituciones educativas en el departamento del Putumayo, y que le brinda a sus estudiantes, una educación integra con los más altos estándares de calidad tanto en contenido programático, como en formación ética para el buen servicio a la familia y la sociedad, busca que el Gobierno Nacional le autorice dentro del Presupuesto General de la Nación, los recursos necesarios para financiar los proyectos de inversión de la construcción de la sede central de la institución, dotación del taller de

matemáticas, dotación del aula de humanidades, dotación de instrumentos musicales y los necesarios para la banda marcial, dotación de equipos y mobiliario para la sala de profesores y la dotación de tres salas de informática con 35 equipos cada una y su respectivo montaje de redes.

II. Justificación

El 15 de octubre del año de 1933 fue inaugurada la Institución Educativa “Santa María Goretti”, centro educativo fundado por la madre superiora, Mónica Wirth, junto con las también religiosas, Sor María Pilar Revelo, Sor María Cornelia Greissing, Sor María Luciana Báchtiger y Sor Lina Erazo.

Las hermanas fueron varias veces visitadas por los inspectores locales de Educación, los Padres Capuchinos y también por funcionarios del Gobierno Nacional, quienes quedaron admirados del trabajo que se estaba realizando en esa zona tan apartada del centro del país, consiguiendo de esta forma importantes apoyos en pro del crecimiento de la institución educativa.

Ante la necesidad de un colegio en la ciudad de Mocoa, el Vicario Apostólico de Sibundoy Fray Plácido Camilo Crous, haciendo uso del artículo 9º de la convención de misiones en carácter de inspector y director general de la Educación Pública mediante Resolución número 21 del 30 de septiembre de 1967, resuelve crear el Colegio Femenino de Bachillerato Santa María Goretti.

En comparación con las cincuenta alumnas con que contó inicialmente la institución, hoy en día el plantel tiene 1.590 estudiantes y 60 profesores, motivo por el cual aunque en el transcurso de los años sus instalaciones han ido creciendo, se hace necesario una nueva sede, lo cual permitirá seguir con su continuo crecimiento.

La Institución Educativa “Santa María Goretti” será competitiva en formación de líderes idóneos en desarrollo empresarial con sentido ciudadano en ejercicio de sus valores para su realización personal y transformación para bien de su entorno.

A pesar de tantos años de desconocimiento y abandono de la Educación Técnica Secundaria por parte del Estado, este tipo de educación continúa teniendo un gran valor económico y social para la juventud y la sociedad colombiana. En efecto, el sustento esencial para la industrialización y la modernización tecnológica de la producción es la calificación técnica de un significativo porcentaje de la fuerza laboral. La división y especialización del trabajo en las sociedades modernas requiere una estructura ocupacional altamente diferenciada en un creciente número de profesiones técnicas, las que hacen posible una amplia redistribución del ingreso, lo que es a su vez condición del ingreso, y condición de una mayor democracia social. Por

otra parte, la educación técnica de alta calidad le confiere a la juventud una capacidad bivalente, pues la califica para proseguir diversos destinos educativos u ocupacionales.

Es de importancia resaltar que para una región tan apartada del centro del país como lo es el departamento del Putumayo, la cual ha sido víctima de las diferentes formas de violencia que han existido en Colombia, es necesario que sus nuevas generaciones tengan un mayor acceso a educación de buena calidad, por tanto aconsejo aprobar el presente proyecto de ley.

El pasado tres de diciembre de 2008 se aprobó en primer debate el Proyecto número 172 de 2008 Cámara, “por medio de la cual la Nación se une a la celebración de los setenta y cinco años de la Institución Educativa Santa María Goretti de Mocoa, Putumayo, se autorizan apropiaciones presupuestales y se dictan otras disposiciones”; posteriormente, el día ocho (8) de diciembre de 2008 la Comisión Cuarta Constitucional recibe el Oficio UJ-2148-08 del Ministro de Hacienda y Crédito Público, doctor Óscar Iván Zuluaga Escobar, en el cual dicho funcionario expone sus comentarios de tipo fiscal, estimando pertinente poner en consideración lo siguiente:

*“En primer lugar, este ministerio se permite recordar que el artículo 355 de la Constitución Política proscribiera cualquier donación a personas naturales o jurídicas de **derecho privado...**” (La negrilla es nuestra). “... dentro de los cuales se encuentra la Institución Educativa Santa María Goretti de Mocoa. A su tenor, el artículo mencionado dispone que ninguna de las Ramas u Órganos del Poder Público podrá decretar auxilios o donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado”, por lo tanto el artículo 2º del proyecto de ley bajo estudio sería contrario al ordenamiento superior por el incumplimiento de la prohibición ya citada.*

Esta inquietud fue debatida en la exposición del primer debate del proyecto, al contrario de lo expresado en su oficio por el señor Ministro, la Institución Educativa Santa María Goretti es de carácter público y no privado, como está establecido en la Resolución número 0324 del 2 de noviembre de 2005 artículo 2º, inciso 2º, emitida por el departamento de Putumayo, Secretaría de Educación Departamental, Oficina de Apoyo Jurídico Administrativo:

...Es una institución Educativa Estatal, carácter mixto, jornada diurna y nocturna, modalidad Académica en Ciencias Naturales el diurno y Técnica con especialidad en Comercio el Nocturno, Calendario “A”, del orden departamental, que funciona en la Ciudad de Mocoa, departamento de Putumayo de propiedad de la Nación ...”.

Igualmente el señor Ministro expresó su inquietud entorno a las apropiaciones presupuestales:

Finalmente, este ministerio se permite recordar que de conformidad con el artículo 39 del Estatuto Orgánico de Presupuesto y la interpretación que de dicha norma ha desarrollado la Corte Constitucional, no compete al honorable Congreso de la República ordenar las apropiaciones presupuestales, las cuales son determinadas por el Gobierno Nacional para cada vigencia fiscal, conforme a la disponibilidad de recursos”.

Es necesario resaltar, que una vez estudiado y analizado respectivamente el proyecto de ley, uno de los artículos que se modificó fue el segundo, el cual mencionaba que el Gobierno Nacional debería destinar los recursos dentro del Presupuesto General de la Nación, originalmente el proyecto presentado por su autor el Senador Jorge Eliécer Guevara, manifestaba lo siguiente:

Artículo 2°. El Gobierno Nacional deberá destinar dentro del presupuesto General de la nación, una suma no inferior a \$9.000.000.000 (nueve mil millones de pesos moneda corriente), destinados a cumplir con los preceptos de la presente ley.

El artículo 2° fue modificado por solicitud del ponente, quedando de la siguiente manera:

Artículo 2°. Autorícese al Gobierno Nacional para que incluya en el Presupuesto General de la Nación para próximas vigencias fiscales, las apropiaciones necesarias para financiar los siguientes proyectos de la Institución Educativa “Santa María Goretti”, del municipio de Mocoa (Putumayo):

En mi concepto las inquietudes del señor ministro expresadas en su oficio del pasado ocho de diciembre, ya habían sido acogidas por el suscrito ponente en primer debate.

Para evaluar la viabilidad jurídica de este proyecto de ley, el mismo debe estar acorde con las normas superiores en la determinación del gasto público que hacen referencia a las disposiciones que nos competen a este respecto. Según lo consagrado en la Constitución Política de Colombia de 1991, en los artículos 150 numeral 9, 151, 154, 287, 288 y 355; las Leyes 38/89, 179/94 y 225/95, compiladas por el Decreto 111 de 1996 que define el Estatuto Orgánico del Presupuesto y los pronunciamientos a este respecto de la Corte Constitucional (Tomado del Proyecto de ley número 059 de 2007 Cámara).

III. Fundamentos legales

Artículo 67 de la Constitución Política de Colombia: “La educación es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social; con ella se busca el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica, y a los demás bienes y valores de la cultura.

La educación formará al colombiano en el respeto a los Derechos Humanos, a la paz y a la democracia;

y en la práctica del trabajo y la recreación, para el mejoramiento cultural, científico, tecnológico y para la protección del ambiente.

El Estado, la sociedad y la familia son responsables de la educación, que será obligatoria entre los cinco y los quince años de edad y que comprenderá como mínimo, un año de preescolar y nueve de educación básica.

La educación será gratuita en las instituciones del Estado, sin perjuicio del cobro de derechos académicos a quienes puedan sufragarlos.

Corresponde al Estado regular y ejercer la suprema inspección y vigilancia de la educación con el fin de velar por su calidad, por el cumplimiento de sus fines y por la mejor formación moral, intelectual y física de los educandos; garantizar el adecuado cubrimiento del servicio y asegurar a los menores las condiciones necesarias para su acceso y permanencia en el sistema educativo.

La Nación y las entidades territoriales participarán en la dirección, financiación y administración de los servicios educativos estatales, en los términos que señalen la Constitución y la ley”.

Lo anterior demuestra la viabilidad del financiamiento respecto a este proyecto de ley, lo cual es básico, necesario y de vital importancia para poder cubrir algunas de las necesidades básicas insatisfechas de este municipio de Mocoa, perteneciente al departamento del Putumayo.

Proposición:

Solicito a los honorables Senadores de la Comisión Cuarta Permanente aprobar en primer debate el Proyecto de ley número 172 de 2008 Cámara, 334 de 2009 Senado, *por medio de la cual la Nación se asocia a la celebración de los setenta y cinco años de la Institución Educativa Santa María Goretti de Mocoa, Putumayo, se autorizan apropiaciones presupuestales y se dictan otras disposiciones.*

Cordialmente,

Carlos Enrique Alvarado,
Senador de la República.

TEXTO PROPUESTO PARA PRIMER DEBATE AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 172 DE 2008 CÁMARA, 334 DE 2009 SENADO

por medio de la cual la Nación se asocia a la celebración de los setenta y cinco años de la Institución Educativa Santa María Goretti de Mocoa, Putumayo, se autorizan apropiaciones presupuestales y se dictan otras disposiciones.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1°. La Nación se asocia a la celebración de los setenta y cinco años de fundación de

la Institución Educativa “Santa María Goretti” del municipio de Mocoa (Putumayo).

Artículo 2º. Autorícese al Gobierno Nacional para que incluya en el Presupuesto General de la Nación para próximas vigencias fiscales, las apropiaciones necesarias para financiar los siguientes proyectos de la Institución Educativa “Santa María Goretti”, del municipio de Mocoa (Putumayo):

1. Construcción de la sede central de la Institución.
2. Dotación del Taller de Matemáticas.
3. Dotación del aula de Humanidades.
4. Dotación de instrumentos musicales.

5. Dotación de los instrumentos para la banda de paz.

6. Dotación de equipos y mobiliario para la sala de profesores.

7. Dotación de tres salas de informática con 35 equipos cada una y su respectivo montaje de redes.

Artículo 3º. La presente ley rige a partir de la fecha de su promulgación.

Cordialmente,

Carlos Enrique Alvarado,
Senador de la República.

CONCEPTOS JURÍDICOS

CONCEPTO JURÍDICO DEL MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 231 DE 2010 SENADO

por medio de la cual se establecen condiciones para la contratación de acciones de promoción y prevención por la red pública y se dictan otras disposiciones.

Dependencia: 10000

Bogotá D. C., 2 de junio de 2010

Doctor

JESÚS MARÍA ESPAÑA VERGARA

Secretario Comisión Séptima

Senado de la República

Ciudad

Asunto: Proyecto de ley número 231 de 2010 Senado, *por medio de la cual se establecen condiciones para la contratación de acciones de promoción y prevención por la red pública y se dictan otras disposiciones.*

Respetado doctor:

Cursa en la Comisión Séptima del honorable Senado de la República la iniciativa parlamentaria de la referencia, la cual se encuentra pendiente de rendir ponencia en primer debate, por lo que, se considera oportuno dar a conocer el concepto institucional desde la perspectiva del sector de la Protección Social, el cual fue elaborado tomando como documento base el texto publicado en la **Gaceta del Congreso** número 35 del 12 de febrero de 2010.

Consideraciones generales

El proyecto de ley en estudio tiene dos artículos, en el primero, se indica que las actividades propias del Plan Obligatorio de Salud subsidiado, incluidas las de promoción y prevención serán ejecutadas a través de las Empresas Promotoras de Salud –

EPS– del Régimen Subsidiado, además, se aclara que la prestación de servicios se hará a través de la red pública contratada por la EPS del respectivo municipio, salvo que no exista capacidad para ello o cuando se incumplan los resultados (según los indicadores definidos por el ministerio), casos en los cuales podrán prestarse por parte de otras entidades; en el segundo, se precisa que su vigencia será a partir de su publicación.

En la exposición de motivos del proyecto de ley se hace referencia expresa a que “*Antes de la reforma impuesta por los Decretos Legislativos 131 y 133 de 2010, las acciones de promoción y prevención para el régimen subsidiado se prestaban de manera obligatoria por la Red Pública del Sistema, de esta manera se disponía en la Ley 1112 de 2007: ...*” y se transcribe los tres primeros incisos del artículo 14 y el literal f) del mismo. Adicionalmente, se manifiesta que “*(...) Contando para esto con recursos asignados de la UPC-S que ingresaban a la Red Pública en condición a la capitación de esta actividad, con los Decretos 131 y 133 se modifica este criterio. Se quita la ejecución de actividades y procedimientos de promoción y prevención a los hospitales, razón de ser de las instituciones, especialmente, las de baja complejidad, fomentando la falta de integralidad en la prestación de los servicios de salud, en detrimento del usuario y de la red pública, argumentando el incumplimiento de metas cuando la responsabilidad de la demanda inducida es de las EPS*”.

La norma propuesta constituye, en esencia, una reiteración del artículo 14, literal f), de la Ley 1122 de 2007 que a la letra dice:

“(...

El valor total de la UPC del Régimen Subsidiado será entregado a las EPS del régimen subsidiado. Las actividades propias del POS subsidiado incluidas

las de promoción y prevención serán ejecutadas a través de las EPS del Régimen Subsidiado.

La prestación de los servicios para la atención de Promoción y Prevención se hará a través de la red pública contratada por las EPS del Régimen Subsidiado del respectivo municipio. Cuando las ESE no tengan capacidad para prestar estos servicios de promoción y prevención o cuando los resultados pactados entre EPS del Régimen Subsidiado y las ESE se incumplan, estos servicios podrán prestarse a través de otras entidades, previa autorización del Ministerio de la Protección Social o en quien este delegue. Los municipios acordarán con las EPS del Régimen Subsidiado los mecanismos para que las atenciones en salud y de promoción y prevención se efectúen cerca a la residencia del afiliado, con agilidad y celeridad;

(...)"

1. Análisis de constitucionalidad

Respecto a la unidad de materia como requisito material del examen de constitucionalidad previsto en el artículo 158 de la Constitución Política, se encuentra que la disposición del proyecto de ley en estudio cuenta con una conexión que puede establecerse como razonable y objetiva, por lo que, puede decirse que cumple con el requisito general de coherencia y lógica jurídica. Igualmente, sucede con el título de la ley¹, que se refiere al núcleo temático de la misma, cumpliendo entonces con el requisito de unidad temática referido al título de la disposición normativa.

De acuerdo con el contenido del proyecto de ley en estudio no se encuentra que se trate de una materia que por disposición expresa del artículo 154 de la Constitución Política esté restringida a iniciativa legislativa en cabeza del Gobierno Nacional, razón por la cual, el Congreso de la República, con base en la cláusula general de competencia legislativa, es competente para adelantar la regulación sobre esta materia.

En consecuencia, una vez revisado el texto del proyecto de ley y su exposición de motivos se observa que cumple con lo prescrito en los artículos 158 y 154 de la Constitución Política en cuanto a la unidad de materia y competencia de los miembros del Congreso Nacional para presentar la iniciativa.

2. Análisis de conveniencia

Como evolución y lineamientos existentes en materia de promoción y prevención tenemos que, a partir de las reformas de 1993, a través de la Ley 60 de ese año, se dispuso que de la entonces participación de ingresos corrientes de la Nación

se destinaran unos recursos hacia las actividades de promoción y prevención (artículos 21 y 22). A su turno, la Ley 100 de 1993, dentro del campo de aplicación de las Entidades Promotoras de Salud, señaló lo siguiente:

*“Artículo 179. Campo de acción de las Entidades Promotoras de Salud. Para garantizar el Plan de Salud Obligatorio a sus afiliados, las Entidades Promotoras de Salud prestarán directamente² o contratarán los servicios de salud con las Instituciones Prestadoras y los profesionales. Para racionalizar la demanda por servicios, las Entidades Promotoras de Salud podrán adoptar modalidades de contratación y pago tales como capitación, protocolos o presupuestos globales fijos, de tal manera que **incentiven las actividades de promoción y prevención** y el control de costos. Cada Entidad Promotora deberá ofrecer a sus afiliados varias alternativas de Instituciones Prestadoras de Salud, salvo cuando la restricción de oferta lo impida, de conformidad con el reglamento que para el efecto expida el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud”. (Se resalta).*

Esta faceta la integró a la prestación de servicios en general, de acuerdo con el entonces Plan de Atención Básica³ (artículo 165) y el contenido del Plan Obligatorio de Salud (artículo 162).

Esta aproximación a la prestación de estos servicios preventivos, produjo una serie de problemáticas, asociadas expresamente a la prestación de tales actividades, que condujeron a la modificación contenida en la Ley 715 de 2001. En esta ley se consideró adecuado que fuesen las entidades territoriales las que se encargaran de las administración de tales recursos. Adicionalmente, la misma norma en su artículo 46 dispuso:

“Artículo 46. Competencias en Salud Pública. La gestión en salud pública es función esencial del Estado y para tal fin la Nación y las entidades territoriales concurrirán en su ejecución en los términos señalados en la presente ley. Las entidades territoriales tendrán a su cargo la ejecución de las acciones de salud pública en la promoción y prevención dirigidas a la población de su jurisdicción.

***Los distritos y municipios asumirán las acciones de promoción y prevención, que incluyen aquellas que a la fecha de entrar en vigencia la presente ley, hacían parte del Plan Obligatorio de Salud Subsidiado.** Para tal fin, los recursos que financiaban estas acciones, se descontarán de la Unidad de Pago por Capitación del Régimen Subsidiado, en la proporción que defina el Consejo Nacional de*

¹ “Por medio de la cual se establecen condiciones para la contratación de acciones de promoción y prevención por la red pública y se dictan otras disposiciones”.

² Con la limitación ya relatado del 30%, contenida en el artículo 15 de la Ley 1122 de 2007.

³ Norma que fue reemplazada por la Ley 1122 de 2007, artículo 32, relativo al contenido del Plan Nacional de Salud Pública.

Seguridad Social en Salud, con el fin de financiar estas acciones. Exceptúase de lo anterior, a las Administradoras del Régimen Subsidiado Indígenas y a las Entidades Promotoras de Salud Indígenas.

Los municipios y distritos deberán elaborar e incorporar al Plan de Atención Básica las acciones señaladas en el presente artículo, el cual deberá ser elaborado con la participación de la comunidad y bajo la dirección del Consejo Territorial de Seguridad Social en Salud. A partir del año 2003, sin la existencia de este plan estos recursos se girarán directamente al departamento para su administración. Igual ocurrirá cuando la evaluación de la ejecución del plan no sea satisfactoria.

La prestación de estas acciones se contratará prioritariamente con las instituciones prestadoras de servicios de salud públicas vinculadas a la entidad territorial, de acuerdo con su capacidad técnica y operativa.

El Ministerio de Salud evaluará la ejecución de las disposiciones de este artículo tres años después de su vigencia y en ese plazo presentará un informe al Congreso y propondrá las modificaciones que se consideren necesarias.” (Se resalta).

En la norma que se transcribe, parte de la cual fue revisada por la Corte Constitucional, se establecía la manera de prestación de tales servicios y no solo ello sino la contratación con IPS públicas. Aquí lo que se resalta es el aprovechamiento de la oferta pública, la cobertura y compromiso público en la salud colectivo frente al aseguramiento en salud en acciones individuales propio de las promotoras de ambos regímenes. Se trató de realizar el puente entre el plan y su ejecución con el fin de que el mismo fuera más eficiente, frente a los resultados que estaba ofreciendo el sistema⁴.

No obstante lo anterior, la gestión de las entidades territoriales tampoco resultó satisfactoria para cierto tipo de epidemias, lo cual condujo a que varias de ellas fueran sancionadas por parte de la Superintendencia Nacional de Salud⁵.

La fórmula establecida en la Ley 1122 de 2007 intentó retomar lo que puede ser valioso en cada esquema pues no se trata, simplemente, de un retorno a la previsto en la Ley 100 de 1993 sino que, sobre la base de la administración de las EPS, la efectividad de la prestación se monitorea a través de Empresas Sociales del Estado, entidades públicas de carácter especial, dedicadas a estos temas y esparcidas en el territorio nacional. Tal decisión no puede ser

entendida sin tener en cuenta el nuevo esquema de funcionamiento de estas entidades, desarrollado en la misma ley.

– Por un lado y dentro del esquema de no duplicación de recursos hacia un mismo objeto, la precitada ley mantuvo la contratación con las Empresas Sociales del Estado en temas como promoción y prevención y prestación de servicios de salud a la población pobre no asegurada (artículos 14, literal f), y 20, respectivamente). Así mismo, determinó un porcentaje mínimo de contratación obligatoria en el régimen subsidiado (artículo 16) y la obligatoriedad de que estas formen parte de las redes para la prestación de servicios en el régimen contributivo (parágrafo del artículo 15). Los aspectos contenidos en los artículos 14 y 20 señalados preexistían dentro del esquema organizativo previsto en la Ley 715 de 2001.

– De otra parte, dispuso que la prestación pública de servicios de salud solo se hace a través de esta clase de empresas terminando, así, con la dispersión existente (artículo 26), sin perjuicio de lo que se disponga respecto de las Instituciones Prestadoras de Salud Indígenas.

– El artículo 27, por medio del cual se enuncian una serie de tópicos que deben ser reglamentados, cuyo propósito se enmarca dentro de la regulación preexistente y los lineamientos allí fijados⁶.

– Tales reformas serían ilusorias si no vinieran acompañadas de una adecuación de la Gerencia de tales empresas que comprende las etapas y procesos que van desde su forma de selección, su nombramiento pasando por su permanencia y retiro.

Además de institucionalizar el período de los Gerentes de las mismas (artículo 28 de la Ley 1122), determinando que estos tendrán un período de cuatro años⁷, dispuso que su designación debe realizarse por concurso de méritos.

⁶ De acuerdo con la Sentencia C-953 de 14 de noviembre de 2007, la Corte Constitucional realizó las siguientes declaratorias:

Primero. Declarar inexecutable:

a) Los literales b) y d) del artículo 27 de la Ley 1122 de 2007.

b) El parágrafo 1º del artículo 27 de la Ley 1122 de 2007.

Segundo. Declarar executable, por el cargo analizado:

a) El literal a) del artículo 27 de la Ley 1122 de 2007, en el entendido de que los decretos reglamentarios versan sobre los aspectos técnicos de los criterios establecidos por el legislador, con excepción de las expresiones “creación” y “transformación” que se declaran **inexecutable**.
c) El literal c) del artículo 27 de la Ley 1122 de 2007.

d) El parágrafo 3º del artículo 27 de la Ley 1122 de 2007, salvo la expresión “conformación de juntas directivas, nombramiento, evaluación y remoción de gerentes, régimen salarial, prestacional” que se declara **inexecutable**.

⁷ El parágrafo transitorio de esta norma fue declarada executable, por los cargos analizados, a salvo la expresión “31 de diciembre de 2006”, que se declara **inexecutable**. Cfr., CORTE CONSTITUCIONAL, C-957 de 14 de noviembre de 2007, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

⁴ De esa época datan las cifras en torno a la disminución en los niveles de vacunación que desciende en todos los quintiles de la población en 2000. Cfr. Datos de la Encuesta Demografía y salud, Carmen Elisa Flórez y Victoria Eugenia Soto, Fundación Corona, 2007.

⁵ Se pueden traer a colación los casos de los municipios de Maicao, San Juan del Cesar y Pueblo Viejo.

Con base en estas reformas se impulsa a fondo la viabilidad social de estas empresas y su compromiso en la prestación de los servicios de salud en condiciones de calidad, eficiencia y oportunidad, en atención a su naturaleza especial.

Ahora bien, dentro de las medidas de emergencia social declarada mediante Decreto 4975 de 2009, que atañen a las labores de promoción y prevención y que sirven de sustento para la presentación del proyecto de ley objeto de estudio, se previó:

– El uso de la UPC-S no ejecutada por las entidades territoriales para la promoción y prevención (artículo 51 del Decreto Legislativo 131 de 2010).

– La exclusión de la contratación por capitación de las intervenciones de protección específica, detección temprana y atención de enfermedades de interés en salud pública (artículo 2º, literal b), del Decreto Legislativo 133 de 2010).

– Límite de contratación con IPS públicas en materia de servicios de baja, media y alta complejidad (artículo 15 *ib.*). No obstante, contempla la posibilidad de que las EPS superen ese porcentaje.

Lo anterior bajo el entendido que el esquema de la Ley 1122 de 2007 podría estar afectando la prestación de servicios, razón por la cual se determinó entonces un límite de contratación que sería aplicable en el caso de promoción y prevención que se fijó en “hasta el 60%”. No obstante, a través de la Resolución 183 de 2010, expedida por este ministerio, se dispuso, lo siguiente:

Artículo 1º. De la contratación obligatoria con instituciones públicas prestadoras de servicios de salud. *Para efectos de dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 15 del Decreto 133 de 2010, las Entidades Promotoras de Salud del régimen subsidiado contratarán, de manera obligatoria y efectiva con instituciones públicas prestadoras de servicios de salud, el sesenta por ciento (60%) del gasto en salud en los acuerdos de voluntades que se suscriban a partir del 1º de abril de 2010.*

Para establecer dicho porcentaje, se tendrá en cuenta el valor resultante de restar al valor total de la unidad de pago por capitación del régimen subsidiado, la proporción para gastos de administración determinada en la normatividad vigente.

El porcentaje establecido anteriormente, será modificado a nivel nacional o regional por el Ministerio de la Protección Social cuando se incluyan nuevos servicios de mediana y alta complejidad al plan obligatorio de salud del régimen subsidiado, y podrá contener porcentajes de contratación obligatoria de acuerdo con el nivel de complejidad.

Artículo 2º. Aspectos que deben ser tenidos en cuenta en la contratación obligatoria y efectiva. *Para efectos de cumplir con el porcentaje del 60%*

de contratación obligatoria y efectiva, del gasto en salud con instituciones públicas prestadoras de servicios de salud, las Entidades promotoras de salud del régimen subsidiado, deberán tener en cuenta las siguientes reglas:

1. El porcentaje de contratación deberá ser cumplido mediante contratación de los servicios de baja, mediana o alta complejidad establecidos en el plan obligatorio de salud del régimen subsidiado con instituciones públicas prestadoras de servicios de salud de la región donde opera la Entidad Promotora de Salud del régimen subsidiado, que los tengan habilitados y que garanticen condiciones de acceso, calidad y oportunidad.

2. Los servicios deberán ser incluidos en dicho porcentaje en el siguiente orden:

a) Los servicios del plan obligatorio de salud subsidiado correspondientes al primer nivel de complejidad, incluidas las actividades, procedimientos e intervenciones de protección específica, detección temprana y atención de enfermedades de interés en salud pública; [...]

Artículo 3º. Incumplimiento de los indicadores pactados. *Si durante la ejecución del contrato, entre la Entidad promotora de salud del régimen subsidiado y las instituciones públicas prestadoras de servicios de salud se incumplen los indicadores pactados en los acuerdos de voluntades, en términos de calidad, oportunidad y acceso, la Entidad Promotora de Salud del régimen subsidiado podrá contratar con otra(s) instituciones prestadoras de servicios de salud, previa verificación del incumplimiento y concepto del Ministerio de la Protección Social o de la entidad en quien este delegue”.*

Como quiera que, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-252 del 16 de abril de 2010 Magistrado Ponente Jorge Iván Palacio declaró inexecutable el Decreto 4975 de 2009 a través del cual se declaró la Emergencia Social y por efecto consecuencial los decretos legislativos expedidos durante su vigencia, con excepción de las disposiciones de los decretos que establecen fuentes tributarias de financiación orientadas exclusivamente al goce efectivo del derecho a la salud, esto nos lleva a afirmar que la normatividad jurídica vigente aplicable sobre el tema del proyecto en estudio, es la prevista en la Ley 1122 de 2007.

Lo afirmado en el párrafo anterior nos obliga a estudiar **los efectos del fallo de inexecutable de la Corte Constitucional del Decreto 4975 de 2009**, se observa que no existe duda jurídica respecto a que la regla general aplicable a las decisiones de constitucionalidad es que sus efectos se aplican a futuro, pues la Ley Estatutaria de Administración de Justicia en su artículo 45 indica que estas tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario. (Sentencia C-619 de 2003).

Ahora bien, para determinar la oportunidad desde la cual las sentencias de constitucionalidad con efectos hacia el *futuro* tienen consecuencias jurídicas, la Corte en Sentencia C-973 de 2004 ha sostenido que, **el efecto de sus fallos se produce a partir del día siguiente al que este es comunicado**, sin necesidad de que, para que sus efectos se cumplan, sea necesario determinar el procedimiento de notificación.

En cuanto a la **inconstitucionalidad por consecuencia**, la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia, ha analizado el tema determinando que con los decretos legislativos que fueron dictados en desarrollo del decreto que declaró el estado de excepción, se configura dicha inconstitucionalidad, a este concepto, ya se había referido la Corte en circunstancias similares, (Sentencia C-488 del 2 de noviembre de 1995, reiterada mediante Sentencia C-127 de 1997), de tal manera que, la consecuencia lógica de la declaratoria de inexequibilidad del Decreto Legislativo 4975 de 2009 es que los decretos legislativos que le dieron desarrollo también son inconstitucionales, toda vez que la Corte en la Sentencia C-252 de 2010 consideró que el presidente asumió las funciones extraordinarias para su declaratoria violando la Constitución Política, es decir, que la atribución presidencial con fundamento en la cual fueron expedidos los decretos legislativos en el marco de la emergencia social perdieron todo sustento jurídico, al haber desaparecido del mundo jurídico la facultad del ejecutivo para haberlos expedido.

Sin embargo, en el caso que nos ocupa, téngase en cuenta que la Corte Constitucional declaró la inexequibilidad del Decreto Legislativo 4975 de 2009, pero difirió los efectos de dicha sentencia “*respecto de las normas que establecen fuentes tributarias de financiación*” **hasta el 16 de diciembre de 2010**, lo cual podría interpretarse para algunos como un contrasentido, ya que como quedó anotado, con la declaratoria de inexequibilidad del primero, se entiende que la facultad que utilizó el Ejecutivo para la expedición de los decretos legislativos posteriores es inconstitucional y en consecuencia, no tenía facultad para dictar medidas tributarias, no obstante estar vigentes hasta el 16 de diciembre de 2010.

Dicha inconstitucionalidad por consecuencia debe ser entendida sin perjuicio de que la Corte Constitucional haya anunciado en la precitada sentencia de inexequibilidad que sobre cada uno de los decretos legislativos expedidos en el marco de la emergencia social existiría un pronunciamiento particular.

Al respecto, sea lo primero señalar que una vez estudiado el decreto marco de cualquier Estado de Excepción, su declaratoria o no de exequibilidad no

es la que determina si la Corte debe pronunciarse sobre los decretos legislativos expedidos posteriormente, ya que dicho pronunciamiento es obligación de tal Corporación, en virtud de lo establecido en el numeral 7 del artículo 241 de la Constitución Política, el cual determina que la Corte debe decidir definitivamente sobre la Constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el Gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución. De esta manera, sea o no declarado inexecutable el decreto marco, la Corte Constitucional debe pronunciarse sobre todos los decretos que le dieron desarrollo, en este caso a la declaratoria de emergencia social (Sentencia C-127 de 1997).

Bajo este contexto jurisprudencial se tiene que la inconstitucionalidad de los decretos legislativos dictados en desarrollo de la Declaratoria del Estado de Emergencia Social no se produce porque sean intrínsecamente contrarios a la Constitución, ya que la Corte al decidir definitivamente sobre su constitucionalidad no puede entrar en el análisis de forma y fondo de cada uno de los decretos legislativos expedidos, pues tal como se señaló, todos carecen de causa jurídica y son inconstitucionales por ello, independientemente de que las normas que consagran, consideradas en sí mismas, pudieran o no avenirse a la Constitución. De esta manera, sin que sea necesario entrar en la verificación de los aspectos formales y materiales de cada decreto, debe por fuerza concluirse que son inconstitucionales, como consecuencia del fallo inicial.

De esta manera, los decretos legislativos son inconstitucionales desde el mismo momento de la declaratoria de inconstitucionalidad del Decreto Legislativo 4975 de 2009, salvo los que tienen que ver con las normas que “*establecen fuentes tributarias de financiación*”, cuyos efectos fueron diferidos hasta el 16 de diciembre del presente año.

En relación con la **reincorporación al ordenamiento jurídico de las normas derogadas a través de los decretos legislativos dictados al amparo de la declaratoria del Estado de Emergencia Social**, con miras a evitar un vacío normativo en el ordenamiento jurídico, se observa que con la declaratoria de inexequibilidad del Decreto 4975 de 2009 y de los decretos dictados bajo su amparo cuya inconstitucionalidad se entiende por consecuencia (con excepción de aquellos que establecen una fuente tributaria de financiación, frente a los cuales los efectos de la Sentencia C-252 de 2010 fueron diferidos hasta el 16 de diciembre de 2010), reviven las normas que habían sido derogadas por la normas ahora declaradas inexecutable.

Finalmente, de acuerdo a la argumentación dada en el presente escrito, debe entenderse que los Decretos 131 y 133 de 2010 perdieron vigencia desde el

mismo momento en que se declaró inconstitucional el Decreto Legislativo 4975 de 2009.

En conclusión, por lo expuesto el Proyecto de ley número 231 de 2010 Senado, *por medio del cual se establecen condiciones para la contratación de acciones de promoción y prevención por la red pública y se dictan otras disposiciones*, ya no tiene sentido en la medida en que el límite de contratación de dichas acciones por parte de la red pública es el previsto en el artículo 16 de la Ley 1122 de 2007 y por lo tanto, se mantiene lo previsto en el literal f) de dicho artículo.

Atentamente,

Diego Palacio Betancourt,
Ministro de la Protección Social.

COMISIÓN SÉPTIMA CONSTITUCIONAL
PERMANENTE DEL HONORABLE SENADO
DE LA REPÚBLICA

Bogotá D. C., a los dos (2) días del mes de junio
año dos mil diez (2010)

En la presente fecha se autoriza la **publicación en la *Gaceta del Congreso***, de la República, el concepto Jurídico, del Ministerio de la Protección Social, suscrito por el doctor Diego Palacio Betancourt, en nueve (9) folios, **al Proyecto de ley número 231 de 2010 Senado, por medio de la cual se establecen condiciones para la contratación de acciones de promoción y prevención por la red pública y se dictan otras disposiciones**. Autoría del proyecto de ley de la honorable Senadora: *Dilian Francisca Toro Torres*.

El Secretario,

Jesús María España Vergara.
* * *

CONCEPTO JURÍDICO DEL MINISTERIO
DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO AL
PROYECTO DE LEY NÚMERO 198 DE 2009
SENADO

*por la cual se expide el Código de Procedimiento
Administrativo y de lo Contencioso
Administrativo.*

1.1

UJ - 0702109

Bogotá D. C., 8 de junio de 2010

Honorable Senador

JAVIER ENRIQUE CÁCERES LEAL

Presidente

Senado de la República

Ciudad

Proyecto de ley número 198 de 2009 Senado,
*por la cual se expide el Código de Procedimiento
Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.*

Honorable Presidente Cáceres:

De manera atenta le remito los comentarios que este ministerio considera pertinente efectuar, frente al proyecto de ley de la referencia, en especial sobre la ponencia para segundo debate puesta en consideración de la plenaria del honorable Senado de la República.

1. **Antecedentes**

El proyecto de ley, tiene por objeto la expedición del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, mediante el desarrollo de las reglas generales que se aplican al desarrollo de la función administrativa, así como la expedición completa de la regulación de aquellos temas que constituyen la esencia misma de su función, el ejercicio de sus competencias y la razón de ser de su especialidad.

El Decreto 4820 de 2007, creó la Comisión para la Reforma a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en adelante la Comisión, compuesta por Magistrados del Consejo de Estado, representantes del Gobierno Nacional, incluido el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Consejo Superior de la Judicatura.

Luego de un intenso trabajo, la Comisión preparó la propuesta de reforma al Código Contencioso Administrativo, C.C.A., la cual fue aprobada sin modificaciones por la Comisión Primera del honorable Senado de la República.

Para el segundo debate, la Comisión revisó nuevamente el texto y recibió múltiples observaciones de calificados sectores, las cuales fueron analizadas y como consecuencia de ellas, se introdujeron modificaciones al texto aprobado en primer debate.

2. **Concepto**

En términos generales, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público no presenta reparos en cuanto al texto que contiene el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, puesto que entiende que corresponde a un trabajo bastante calificado y necesario para el ordenamiento jurídico colombiano, cuyo actual C.C.A. data del año 1984, anterior a nuestra Constitución Política.

Desde el punto de vista fiscal, competencia que le asiste a este Despacho, es de anotar que la implementación del nuevo C.C.A. demanda un importante esfuerzo fiscal y presupuestal que se suma a aquel, con el cual el presente gobierno se ha comprometido permanentemente.

Existen dos temas principales sobre los cuales se genera principalmente el impacto fiscal, el primero, el Plan de Descongestión y el segundo, en general, la implementación del nuevo sistema procesal.

En cuanto al Plan de Descongestión, tenemos que la implementación de esta nueva normativa no puede

concebirse aislada de otras normas, especialmente de la Ley 1285 de 2009, *por medio de la cual se reforma la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia*, cuya revisión automática de constitucionalidad la adelantó la Corte Constitucional a través de la Sentencia C-713 de 2008¹ y debe ser concordante con el Proyecto de ley número 197 de 2008 Senado sobre Descongestión Judicial.

En ese orden de ideas y con el fin de garantizar la viabilidad fiscal de esta iniciativa y sobre todo de que se puede aplicar adecuadamente y se convierta en una verdadera herramienta normativa que permita avanzar en el derecho administrativo colombiano, nos permitimos sugerir una redacción alternativa, tomada del contenido de dos incisos de los artículos 305 y 306 de la ponencia fusionándolos en un artículo nuevo al final del Código, en los siguientes términos:

“Artículo nuevo. *La implementación y desarrollo de la presente ley se atenderá con los recursos que el Gobierno Nacional viene asignando a la Rama Judicial, en cumplimiento de lo dispuesto en el parágrafo transitorio del artículo 1° de la Ley 1285 de 2009, de acuerdo con las disponibilidades presupuestales, el Marco Fiscal de Mediano Plazo y el Marco de Gastos de Mediano Plazo”.*

Esta disposición aplicaría para el Plan Especial de Descongestión y para la Implementación del nuevo sistema procesal, el cual, por demás, se convierte en uno de los grandes avances que le otorgará este nuevo C.C.A. al ordenamiento jurídico colombiano, dotándolo de un proceso contencioso administrativo ágil y eficiente, lo cual redundará en un menor tiempo para la resolución judicial de los conflictos y en últimas, en un menor valor a pagar por concepto de condenas a las entidades públicas.

Claramente, la implementación gradual² del nuevo sistema procesal implicará un esfuerzo presupuestal, que deberá ser atendido en los términos previstos en el artículo nuevo que se propone en esta comunicación.

Aporte Fondo de Contingencias Judiciales.

Uno de los principales problemas que detectó la Comisión, fue la demora en el reconocimiento y pago efectivo de las obligaciones dinerarias contenidas en providencias judiciales en firme. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público demostró el compromiso

del Gobierno Nacional en hacer que los mandatos de los jueces se cumplan con la mayor celeridad posible, dentro de las inmensas limitaciones fiscales por las que atraviesan todas las entidades públicas.

Así las cosas, este Despacho ha sido consciente de que las condenas que se paguen en un menor plazo comportan significativos ahorros al erario bajo el entendido de que generarán menos intereses moratorios y factores de corrección, como la indexación.

Lo anterior, sumado a la celeridad que se debe generar con estas reformas en la atención, impulso y decisión de las controversias sometidas a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, redundará en una justicia más pronta y por lo tanto eficaz, pero también, en menores gastos por concepto de pago de sentencias condenatorias.

Por lo anterior, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público propuso ante la Comisión el nuevo esquema para el pago de sentencias judiciales contentivas de obligaciones dinerarias, a través de un mecanismo actualmente existente pero que no ha sido operativo.

En efecto, el artículo 195 de la iniciativa impone la obligación a las entidades públicas, que sean sección del Presupuesto General de la Nación, de efectuar aportes al Fondo de Contingencias creado por la Ley 448 de 1998, con el fin de atender de manera oportuna las obligaciones dinerarias que se constituyan en contra de la Nación, como consecuencia una condena judicial en firme.

Es muy importante precisar que este esquema aplicará a los nuevos procesos judiciales que se incoen en contra de estas entidades. Para los procesos anteriores, dado el incalculable impacto fiscal que generaría efectuar aportes al Fondo por la totalidad de los procesos vigentes, el artículo 195, en el parágrafo transitorio, dispone una transición sujeta igualmente a la disponibilidad de recursos y a la gradualidad que defina el Gobierno Nacional a través de la correspondiente reglamentación.

Otras disposiciones

De otra parte, consideramos importante mencionar que recientemente se han recibido una serie de comentarios sobre algunos artículos que afectarían el régimen de seguridad social, aspectos que consideramos pueden ser revisados por la Comisión de Reforma a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y si es del caso, proponer las modificaciones en los siguientes debates que se surtan, así como discutidos con las otras Cortes en la medida en que consideren que se pueden afectar el desarrollo de sus funciones y el alcance de sus decisiones.

Finalmente, le corresponde a este ministerio pronunciarse sobre la modificación al artículo 120 propuesto, en el sentido de aumentar el número

¹ M. P. Clara Inés Vargas.

² En las discusiones de la Comisión, los representantes del Gobierno Nacional insistieron en la necesidad de que se adopte una gradualidad para la aplicación de las normas procesales contenidas en el nuevo C.C.A., y si bien en el artículo 308 se dispone que entrará a regir el 1° de enero de 2011, y dado el tiempo que se ha tomado la aprobación de la iniciativa, sería deseable y concordante con la realidad fiscal de la Nación, implementar una mayor gradualidad.

de magistrados auxiliares en cada despacho de los Honorables Magistrados del Consejo de Estado, mayor gasto que no se encuentra contemplado ni cuenta con fuente de financiación adicional, pero que de todos modos se tiene que entender incluido igualmente dentro del alcance del artículo nuevo propuesto, por lo que la creación de tales plazas dependerá de la disponibilidad de recursos en el marco de gasto de la Rama Judicial.

De acuerdo con las anteriores consideraciones, bajo el entendido de la inclusión del artículo nuevo propuesto, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7° de la Ley 819 de 2003, el cual dispone que:

*“El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en cualquier tiempo durante el respectivo trámite en el Congreso de la República, deberá rendir su concepto frente a la consistencia de lo dispuesto en el inciso anterior. En ningún caso este concepto podrá ir en contravía del Marco Fiscal de Mediano Plazo. Este informe será publicado en la **Gaceta del Congreso**”.*

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público emite concepto favorable a la presente iniciativa legislativa.

Cordial saludo,

Oscar Iván Zuluaga Escobar,
Ministro de Hacienda y Crédito Público.

c.c. Honorable Senador Samuel Benjamín Arrieta Buelvas.

Honorable Senador Javier Enrique Cáceres Leal
Honorable Senador Roberto Víctor Gerlén Echavarría.

Honorable Senador Héctor Helí Rojas Jiménez

Doctor Emilio Otero Dajud. Secretario General Senado de la República, para que obre en el expediente.

Doctor Fabio Valencia Cossio, Ministro del Interior y de Justicia.

Doctor Luis Fernando Álvarez Jaramillo, Presidente del Honorable Consejo de Estado.

CONTENIDO

Gaceta número 334 - Jueves, 10 de junio de 2010
SENADO DE LA REPÚBLICA

PONENCIAS

Págs.

Informe de Ponencia para Primer Debate al Proyecto de ley número 58 de 2009 Senado, por la cual se definen normas sobre la responsabilidad social empresarial, la protección infantil y se dictan otras disposiciones..... 1

Informe de Ponencia para Primer Debate y texto propuesto al Proyecto de ley número 172 de 2008 Cámara, 334 de 2009 Senado, por medio de la cual la Nación se asocia a la celebración de los setenta y cinco años de la Institución Educativa Santa María Goretti de Mocoa, Putumayo, se autorizan apropiaciones presupuestales y se dictan otras disposiciones... 5

CONCEPTOS JURÍDICOS

Concepto jurídico del Ministerio de la Protección Social al Proyecto de ley número 231 de 2010 Senado, por medio de la cual se establecen condiciones para la contratación de acciones de promoción y prevención por la red pública y se dictan otras disposiciones 8

Concepto Jurídico del Ministerio de Hacienda y Crédito Público al Proyecto de ley número 198 de 2009 Senado, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo 13

