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 XXIV - Nº 408 Bogotá, D. C., viernes, 12 de junio de 2015 EDICIÓN DE 12 PÁGINAS

DIRECTORES:
GREGORIO ELJACH PACHECO
SECRETARIO GENERAL DEL SENADO
www.secretariasenado.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 A LA PONENCIA PARA SEGUNDO DEBATE AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 24 DE 2014 SENADO, ACUMULADO CON EL PROYECTO DE LEY NÚMERO 77 DE 2014 SENADO

por la cual se dictan disposiciones que regulan la operación del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se citan otras disposiciones.

1.1

Bogotá, D. C.

Honorable Senador

JOSÉ DAVID NAME

Presidente del Senado de la República

Congreso de la República de Colombia

Carrera 7 N° 8-68 Edificio Nuevo del Congreso

Ciudad

Referencia: Comentarios al informe de ponencia para segundo debate al Proyecto de ley número 24 de 2014 Senado, acumulado con el Proyecto de ley número 77 de 2014 Senado**,** *por la cual se dictan disposiciones que regulan la operación del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se citan otras disposiciones.*

Respetado Presidente:

De manera atenta me permito exponer los comentarios que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público estima pertinente someter a su consideración respecto al informe de ponencia para segundo debate al proyecto de ley del asunto, en los siguientes términos:

El presente proyecto de ley de iniciativa parlamentaria tiene por objeto depurar las cuentas por cobrar y por pagar de las Instituciones Prestadoras de Salud y Entidades Promotoras de Salud, definir mecanismos que permitan agilizar el reconocimiento del pago de reclamaciones y recobros ante el Fosyga, y ajustar el uso de recursos del Sistema General de Participaciones, entre otros.

Sea lo primero decir que el contenido del proyecto de ley debe armonizarse y hacerse consistente con lo establecido en la Ley 1751 del 16 de febrero de 2015, en tanto esta tiene la categoría de Ley Estatutaria y regula el Derecho Fundamental a la Salud, lo que la hace referente obligado para la expedición de una ley ordinaria sobre esta materia.

El articulado del proyecto de ley hace referencia en su totalidad a mecanismos de conciliación y pago sin hacer referencia, mencionar o ajustar ningún aspecto relacionado con la operación del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Por lo tanto, el epígrafe debería ajustarse al contenido mismo de la iniciativa que es estrictamente financiero sin referirse en ningún caso a la prestación del servicio de salud.

Sobre lo dispuesto en el artículo 2° de la iniciativa, se tiene que la distribución de los recursos del Sistema General de Participaciones (SGP) para salud está establecido en Capítulo III de la Ley 715 de 2001[1], que dicta normas orgánicas y que a su vez está reglamentada por el Decreto número 196 de 2013[2], normativa que tiene un contenido distinto a las proposiciones del artículo 2°. Por lo tanto, se pretende modificar una ley orgánica a través de una ley ordinaria, en contravía de los presupuestos especiales previstos para tramitar los asuntos propios de las leyes orgánicas, sometidos en todo caso al rigor de una ley especial y distinta al de las leyes ordinarias, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151 de la Carta Superior. Sobre la reserva que

1 "Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo número 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros". (Subrayado fuera de texto).

2 "Por el cual se fija el procedimiento y los criterios de distribución y asignación de los recursos del Sistema General de Participaciones para Salud en el componente de prestación de servicios a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda y se dictan otras disposiciones".

recae en las leyes orgánicas, la Corte Constitucional en Sentencia C-421 de 2012 expresó lo siguiente:

"...4.2.2. En relación con las leyes orgánicas, la Constitución de 1991 establece un conjunto de reglas y criterios estructurales del concepto de "ley orgánica", entendida como un texto normativo dirigido a regular la actividad legislativa del Congreso sobre determinadas materias o contenidos preestablecidos de manera taxativa en la Carta Política. En tal sentido, mediante aquella se norma el núcleo esencial de la labor congresional en lo relativo a: (i) el reglamento del Congreso de la República y de cada una de las cámaras; (ii) las normas sobre preparación, aprobación y ejecución del presupuesto de rentas y ley de apropiaciones, y (iii) del plan general de desarrollo; ***y las relativas a la asignación de competencias normativas a las entidades territoriales****. Son leyes especiales, mediante las cuales se reglamenta la adopción de otras leyes que versan sobre temas específicos, pero que no comparten su naturaleza jurídica, y por ende,* ***no pueden ser modificadas ni derogadas por las leyes ordinarias que se sujetan a ellas****..."*. (Negrilla fuera de texto).

Así mismo, el proyecto pretende pasar de destinar el 80% del SGP para cubrir la UPC subsidiada (UPC-S), a que sea **hasta** el 80%, lo cual significa que el aseguramiento podría ser menor al previsto actualmente. Tal y como se encuentra redactado el artículo analizado, se genera un incentivo para disminuir estos recursos en cobertura, para incrementar el reinventado "subsidio a la oferta".

Lo anterior tendría un impacto fiscal en el Presupuesto General de la Nación habida cuenta que la reducción involucra los recursos que cierran el financiamiento del aseguramiento. Sobre el asunto, el artículo 44.2 de la Ley 1438 de 2011 consagra:

"(...) Artículo 44. Recursos para aseguramiento. *El artículo 214 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 11 de la Ley 1122 de 2007 y por el artículo 34 de la Ley 1393 de 2010, quedará así: "Artículo 214. "La Unidad de Pago por Capitación del Régimen Subsidiado se financiará con los siguientes recursos:*

(...)

2. Del Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga)

1. Uno punto cinco puntos (1.5) de la cotización de los regímenes especiales y de excepción y hasta uno punto cinco (1.5) puntos de la cotización de los afiliados al Régimen Contributivo.

2. El monto de las Cajas de Compensación Familiar de que trata el artículo 217 de la Ley 100 de 1993.

3. Recursos del Presupuesto General de la Nación que a partir del monto asignado para el año 2010, que se requieran de manera progresiva para la universalización de la cobertura y la unificación de los planes de beneficios, una vez aplicadas las demás fuentes que financian el Régimen Subsidiado.

4. Las cotizaciones que realizarán los patronos al Fondo de Solidaridad cuando el trabajador no quiera retirarse del Régimen Subsidiado, en los términos de la presente ley.

5. Los recursos que para tal efecto sean aportados por gremios, asociaciones y otras organizaciones (...)".

La transformación de recursos del SGP para el componente de Régimen Subsidiado debe mantenerse de conformidad con lo previsto en la Ley 1438 de 2011, que estableció una transformación del 80% a partir del 2015. Por lo tanto, teniendo en cuenta que adicionalmente existen recursos sin ejecutar del SGP de Oferta y de Salud Pública y que en el contexto de la Ley Estatutaria de la Salud no es necesario financiar servicios No POS y no existe el concepto de población no asegurada, carece de sentido la existencia del primer inciso del artículo objeto de análisis.

Por otro lado, el mismo artículo establece para este componente (subsidio a la oferta) reglas ambiguas para su asignación o distribución por entidad territorial "competente", como son los siguientes "criterios", con los cuales igualmente se modifica integralmente el artículo 49 de la Ley 715 de 2001, incurriendo en el defecto de constitucionalidad sobre reserva de ley orgánica, señalado en líneas anteriores:

"(...)

a) Población pobre y vulnerable;

b) Dispersión poblacional medida conforme lo señalado en el artículo 49 de la Ley 715 de 2001;

c) Eficiencia administrativa o fiscal en la gestión de prestación de servicios de salud, medida en función de la oportunidad de la ejecución de los recursos de acuerdo con los servicios cobrados a la respectiva entidad territorial, y

d) Para la distribución del subsidio a la oferta se tendrá en cuenta: la dispersión geográfica, accesibilidad y la existencia en el territorio de monopolio público en la oferta de servicios trazadores.

(...)".

Visto esto, se encuentra que en el texto debería definirse explícitamente qué se entiende por población pobre y vulnerable, dispersión poblacional, accesibilidad y monopolio público en la oferta de servicios trazados. De hecho no es claro si la asignación para la prestación de servicios de salud a la población pobre no asegurada de los municipios certificados, girada directamente a estos por la Nación, esto es, la distribución del 59% para Departamentos (para servicios de segundo y tercer nivel de complejidad) y el 41% para municipios (para servicios del primer nivel)[3], es modificada o si, por el contrario, se mantiene.

En lo que a la destinación de esos recursos se refiere, el artículo 2° de la iniciativa establece que, una vez distribuidos, se utilizarán para los siguientes fines:

"(...)

a) Financiación de la prestación de servicios de salud a la población pobre y vulnerable en lo no cubierto con subsidios a la demanda;

b) Financiación del subsidio a la oferta entendido como la cofinanciación de la operación de la prestación de servicios efectuada por instituciones públicas ubicadas en zonas alejadas o de difícil acceso que sean monopolio en servicios trazadores y no sostenibles por venta de servicios. En estos casos se podrán realizar transferencias directas por parte de la Entidad Territorial a la Empresa Social del Estado o de manera excepcional financiar gastos para que opere la infraestructura de prestación de servicios pública, y

3 Artículo 6° del Decreto número 196 de 2013.

c) Formalización laboral en condiciones de sostenibilidad y eficiencia.

Parágrafo. Los excedentes y saldos no comprometidos del Sistema General de Participaciones con destino a la prestación de servicios en lo no cubierto con subsidios a la demanda, se destinarán para el pago de deudas por prestación de servicios de salud no incluidos en el plan de beneficios de vigencias anteriores o para la financiación de la formalización laboral de las Empresas Sociales del Estado que pertenezcan a la respectiva Entidad Territorial, sólo en los casos en que no existan las mencionadas deudas (...)".

Bajo esos términos, con el literal c) propuesto deja de tener sentido el literal b), pues se cumpla o no con los requisitos de excepcionalidad a los que refiere este último literal, las ESE recibirán unos recursos a título de nada o, mejor, a título "gratuito", sin exigencia alguna para cubrir la denominada "formalización laboral". En suma, lo que la proposición pretende es revivir el subsidio a la oferta y abandonar las exigencias de eficiencia y autosostenibilidad, por cuenta y cargo del Presupuesto General de la Nación, sin que medie una exigencia constitucional a cambio. Además, dentro de los criterios señalados en la propuesta no se encuentra la sostenibilidad de las Instituciones Públicas por venta de servicios.

Por su parte, los artículos 3° y 4° del proyecto que regulan el uso de los recursos de excedentes de aportes patronales del Sistema General de Participaciones (SGP) y de los recursos de excedentes de rentas cedidas, modifican las reglas consignadas en la Ley 1608 de 2013 en lo relativo a Programas de Saneamiento Fiscal y Financiero (PSFF) de las ESE. Para saneamiento de la red, el proyecto no prevé la elaboración de PSFF, los recursos de cuentas maestras simplemente se giran a las Entidades Territoriales para diversos fines, entre ellos saneamiento, pero sin formular PSFF. En otros términos, el proyecto retira la fuente de financiación de los PSFF, luego, los que se formulen en desarrollo del artículo 81 de la Ley 1438 de 2011[4], resultarían inanes. En suma, el proyecto deroga lo relativo a las fuentes de financiación para la formulación y ejecución de PSFF por parte de las ESE y el rol que sobre el particular cumple esta Cartera.

Adicionalmente, el mecanismo propuesto para el uso de los recursos de excedentes de aportes patronales al condicionarse a los recursos no saneados, nada aporta frente a la normativa vigente y no será efectivo. Asimismo, tampoco resuelve cómo destinar los recursos para atender obligaciones de periodos anteriores por concepto de los aportes patronales.

Respecto al artículo 5° del proyecto de ley, el cual refiere a la utilización de recursos del Sistema General de Regalías para el pago de las deudas del régimen subsidiado de los municipios, es necesario tener en cuenta que la destinación de ese tipo de recursos está determinada por el Acto Legislativo número 05 de 2011, que modificó el artículo 361 de la Constitución Política, desarrollado por la Ley 1530 del 2012 y Decretos Reglamentarios números 1077 de 2012 y 2710 de 2012,y sobre el particular, esto es, en el caso en que las entidades territoriales adeuden los recursos del régimen subsidiado a las Entidades Promotoras de Salud por contratos realizados hasta marzo 31 de 2011, el artículo 275 de la Ley 1450 de 2011 ya tiene una previsión al respecto que establece que es el Gobierno nacional quien descontará los recursos correspondientes con el fin de garantizar el acceso al sistema y la sostenibilidad del mismo, norma que tiene prelación frente a las demás leyes, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 341 de la Carta Política.

Además, la capitalización propuesta solo puede ser obligatoria si se realiza vía compra de acciones, pues en cualquier otro caso debe establecerse opcional. En la medida en que con el contexto dado por el Decreto número 2702 de 2014, la Nación debería aportar aproximadamente $3,3 billones de pesos en un horizonte de 7 años, el objetivo no siempre es aumentar su participación en las EPS.

Adicionalmente, es importante tener presente que para el escenario planteado las entidades territoriales adeudan recursos a las EPS-S por los contratos del régimen subsidiado, luego las EPS-S deben recursos a las ESE e IPS. Es así que opera el giro directo a las IPS. Pero vale la pena preguntarse ¿qué sucede en el caso de que las EPS-S no tengan deudas con las IPS? ¿No se efectúa el pago a las IPS? Es necesaria una razonabilidad en el flujo de recursos, de otra forma se incentiva la cultura del no pago con lo que se termina castigando a quien esté al día en sus obligaciones y privilegiando a los morosos.

Frente al artículo 6°, que trata la creación de líneas de crédito con recursos del Presupuesto General de la Nación y la Subcuenta de Garantías del Fosyga para la creación de alternativas de saneamiento de acreencias en favor de las IPS o EPS, dichos recursos no están contemplados en el Presupuesto General de la Nación ni en el Marco de Gastos de Mediano Plazo, contrariando lo dispuesto en el artículo 7° de la Ley 819 de 2003.

Ahora, la disposición de recursos del Presupuesto General de la Nación para los fines previstos que advierte la presente proposición convierte al Fosyga en una especie de entidad financiera de segundo o tercer piso para intermediar créditos, abrir líneas de crédito blandas, etc., eliminando de paso la facultad del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para regular este tipo de operaciones bajo el cumplimiento de un mínimo de requisitos. La propuesta prevé como saneamiento de las ESE dichas alternativas sin someterlas a condiciones de recuperación financiera e institucional u otros criterios de eficiencia o sostenibilidad.

Francamente, se considera que los mecanismos de liquidez deben ser dirigidos exclusivamente a las IPS públicas y a las fundaciones sin ánimo de lucro de las que trata el artículo 68 de la Ley 1438 de 2011. Adicionalmente, establecer de forma permanente los mecanismos previstos en este artículo no es consistente con el Decreto número 2702 de 2014.

Así mismo, de acuerdo con lo dispuesto en el parágrafo 2° del artículo 6° del proyecto de ley, se establece que el Gobierno Nacional podrá, a través del Fosyga, Findeter o las instituciones definidas para la materia, hacer anticipos a carteras de las EPS a cargo del Fosyga y girar directamente los recursos a las IPS para el pago de las deudas de las EPS. Sobre el particular, vale la pena anotar que de conformidad con la Ley 57 de 1989, el objetivo de Findeter es la promoción del desarrollo regional y urbano sostenible mediante la financiación y asesoría en lo referente a diseño, ejecución de proyectos o programas de inversión, financiación otorgada a

4 Adopción de Programa de Saneamiento Fiscal y Financiero.

través del sistema de redescuento. De igual forma, el sector relacionado con temas de salud, objeto de financiamiento, está dirigido a infraestructura de la misma, es decir, construcción ampliación, adecuación, mantenimiento, dotación y adquisición de equipos e instrumentos. En este orden de ideas, la asignación de la función de anticipo de recursos contenido en el artículo 2º, excede las funciones de esta entidad en perjuicio de su sostenibilidad financiera.

Ahora bien, la facultad que se otorga al Fosyga de efectuar anticipos por concepto de cartera desestimularía la presentación y trámite de cobro de las facturas a favor de EPS e IPS con el cumplimiento de los requisitos indispensables para salvaguardar los recursos públicos, al tiempo que no resulta claro el mecanismo de conciliación de cuentas de lo adeudado frente a los recursos girados, a lo cual debe sumarse las dificultades operativas que se derivarían del nuevo procedimiento.

Respecto al giro directo en favor de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS), el artículo 29 de la Ley 1438 de 2011[5], dispone:

"(...) El Ministerio de la Protección Social girará directamente, a nombre de las Entidades Territoriales, la Unidad de Pago por Capitación a las Entidades Promotoras de Salud, o podrá hacer pagos directos a las Instituciones Prestadoras de Salud con fundamento en el instrumento jurídico definido por el Gobierno Nacional. En todo caso, el Ministerio de la Protección Social podrá realizar el giro directo con base en la información disponible, sin perjuicio de la responsabilidad de las entidades territoriales en el cumplimiento de sus competencias legales. El Ministerio de la Protección Social definirá un plan para la progresiva implementación del giro directo (...)". (Subrayado fuera de texto).

En atención a lo dispuesto en esta norma, el Ministerio de Salud y Protección Social dispuso las condiciones necesarias para el efecto, para lo cual expidió la Resolución número 2320 de 2011[6], modificada por la Resolución número 4182 de 2011[7], con miras a agilizar el pago a las IPS en los términos dispuestos por la ley.

Frente al artículo 7° del giro directo en el régimen contributivo, no es viable que en los términos de este artículo el mecanismo de giro directo aplique para las EPS que no cumplan las metas del régimen de solvencia. De acuerdo con la normatividad vigente, no podrán continuar operando en el Sistema las EPS que no cumplan con las condiciones financieras actualizadas por el Decreto número 2702 de 2014.

Ahora bien, el primer parágrafo establece que también habría giro directo por servicios y tecnologías de salud no incluidas en el Plan de Beneficios, lo cual no es consistente con lo previsto por la Ley Estatutaria de Salud al referirse a un concepto inexistente como el No Pos. Además, el segundo parágrafo de dicho artículo viola la autonomía de las empresas y genera riesgos y contingencias para la Nación por cuenta de la intervención del Ministerio de Salud y Protección Social.

El artículo 8° de la iniciativa en mención, dispone que el *"(...) Presupuesto General de la Nación proveerá oportunamente y en la cuantía suficiente los recursos requeridos por el Fosyga para el pago de los recobros (....)*, frente a lo cual hay que decir que el asunto en cuestión debe ser objeto de regulación por la ley orgánica de presupuesto, de acuerdo con el artículo 352 y 154 de la Constitución Política y, por tanto, resulta inconstitucional su incorporación en una ley ordinaria. Adicionalmente, los costos en promedio del 2011 al 2014 por dicho concepto ascienden a **$2.777 millones al año,** como se muestra en el Anexo número 1, recursos que no están considerados en el Presupuesto General de la Nación ni en el Marco de Gastos de Mediano Plazo (MGMP). Adicionalmente, el No Pos y las prestaciones excepcionales se limitan a los términos del artículo 15 de la Ley 1751 de 2015. Por tanto, este artículo no es necesario y se sugiere su supresión.

En lo que respecta al artículo 9°, los numerales e) y f) utilizan la expresión "castigar la cartera". Esa expresión, así como la de "documentos soporte idóneos" en el numeral e), carecen de precisión. Adicionalmente, el plazo establecido en el parágrafo del artículo no refleja las reales condiciones del proceso de aclaración de cuentas y no es consistente con el establecido en el Decreto número 2702 de 2014 de actualización financiera. Finalmente, debe establecerse explícitamente que la aclaración de cuentas y el saneamiento contable es condición previa necesaria para el saneamiento de deudas dispuesto en artículos anteriores.

De otra parte, el artículo 10 del proyecto de ley prevé la destinación de las contribuciones parafiscales[8] de las Cajas de Compensación Familiar (CCF) para sanear deudas de EPS en las que estas tengan participación o para capitalizar las mismas. Sobre el tema, en el marco de lo establecido por el Decreto número 2702 de 2014, es necesario permitir la capitalización de las EPS en que participen CCF. De esta forma, en el segundo inciso de este artículo debe suprimirse la condición que supedita el uso de los recursos para capitalización exclusivamente al "evento en que se hayan saneado las deudas que tengan con dichas EPS". En caso de que esta condición se mantenga, se prevén aseguradoras que no cumplirán las condiciones financieras y tendrán que dejar de operar, con las consecuencias respectivas sobre el Sistema. Asimismo, el plazo de dos años establecido en el segundo parágrafo, no es consistente con el decreto mencionado.

En lo concerniente al artículo 13 de la iniciativa, la condonación de los recursos otorgados en el marco de las operaciones de préstamo interfondos efectuadas entre la Subcuenta de Eventos Catastróficos y Accidentes de Tránsito (ECAT) y la Subcuenta de Compensación del Fondo de Solidaridad y Garantías del Fosyga, podría incentivar la perpetuación de estos procedimientos poniendo en riesgo la sostenibilidad y destinación de los recursos de cada una de estas, en la medida en que cada una de las subcuentas tiene propósitos específicos dictados por las diferentes normas que para tal caso se han expedido. La propuesta propicia la cultura del no pago.

5 "Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones".

6 "Por medio de la cual se establece el mecanismo de reporte de la información por parte de las Entidades Promotoras de Salud relacionada con los montos a girar a las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud y se dictan otras disposiciones".

7 "Por medio de la cual se modifica Resolución número 2320 de 201 1 y se dictan otras disposiciones".

8 Los señalados en los artículos 11 y 12 de la Ley 21 de 1982.

Por otro lado, no se considera coherente condonar la deuda de las Entidades Territoriales relacionadas en el artículo 14 del proyecto. Además de la pérdida de credibilidad que se configura, este artículo desvirtúa el préstamo, descapitaliza la subcuenta a la que pertenecen los recursos y reduce la posibilidad de seguir saneando con este mecanismo, pues al no recuperar los montos no podrán prestarse nuevamente ni destinarse al fortalecimiento del Sistema.

En lo que atañe al artículo 16 del proyecto de ley, no es dable que el primer orden de prelación de pago en los procesos de liquidación sea el cubrimiento de los recursos adeudados al Fosyga, en la medida en que de conformidad con lo indicado por el Título XL del Código Civil, el primer orden de prioridad corresponde a los pasivos laborales. Igualmente, las deudas de impuestos nacionales y municipales tienen el último orden de prelación y no pueden anteceder a las deudas con garantía prendaria o hipotecaria ni a las deudas quirografarias.

Además, en el numeral e) de este artículo, resulta necesario hacer explícito que en las deudas quirografarias no están incluidas las de las IPS, de tal forma que estas últimas tengan el segundo orden en la prioridad establecida.

Finalmente, debe ser claro que no es posible que, como se afirma en el parágrafo, el pasivo pensional se entienda como gastos de administración. Se trata, evidentemente, de un pasivo laboral, de forma que el parágrafo debe ser eliminado.

Por su parte, la propuesta incluida en el primer inciso del artículo 17 es inconveniente en tanto genera, en sí misma, la existencia de conflictos de interés al permitir que las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS) y las Cajas de Compensación Familiar (CCF) que tienen participación accionaria en aseguradoras del Sistema, puedan ser interventores.

Frente al estímulo al que hace referencia el artículo 21 de la iniciativa, encaminado a excluir del impuesto de renta y complementarios a las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS) antiguas y nuevas acreditadas dentro de los tres años siguientes a la habilitación, contraviene el principio constitucional consagrado en el artículo 154 superior que establece que las leyes que decreten exenciones de impuestos, contribuciones o tasas nacionales *"solo podrán ser dictadas o reformadas por iniciativa del Gobierno"*.

En cuanto al costo aproximado del sistema de atención de la Superintendencia Nacional de Salud propuesto por la iniciativa en el artículo 23, se tomó el costo de la implementación de un sistema de información de una de las entidades pertenecientes al PGN, estimado en **$2,595 millones de pesos**, esto sin contar el costo de su funcionamiento, tal como se muestra en el siguiente cuadro:

Objeto	Valor proyectado 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 de analistas, web máster, coordinador sistema de consultas dinámicas	210.930.767
Diseño y desarrollo de la bodega de datos e implementación del sistema de consultas dinámicas	175.096.631
Ajustes al sistema de información y a la encuesta de seguimiento	63.925.089
Personal: Gerente, analistas, web máster, coordinador sistema, asistente.	228.672.411
Personal: Gerente, analistas, coordinador sistema, asistente.	301.216.398
Total	**2.595.920.166**

De otro lado, el artículo 25 del proyecto de ley establece que el Ministerio de Salud y Protección Social (MSPS) definirá los criterios para la presupuestación de las Empresas Sociales del Estado (ESE), asunto que es actualmente objeto del Estatuto Orgánico de Presupuesto, de conformidad con el artículo 69 de la Ley 179 de 1994 en armonía con lo señalado en el numeral 7 del artículo 195 de la Ley 100 de 1993. Tratándose de ESE de las entidades territoriales, corresponden a entidades descentralizadas del orden territorial cuyo presupuesto es preparado por la Junta Directiva dentro de las funciones para estas señaladas en el Decreto número 1876 de 1994. En consecuencia, la proposición resultaría inconstitucional al pretender modificar una ley de mayor jerarquía, siendo en todo caso inviable que el Ministerio de Salud expida en una norma los criterios de presupuestación para todos los casos especiales que puedan presentarse en las diferentes ESE a nivel Nacional. Además, la facultad que se pretende otorgar a dicho Ministerio no tiene relación directa ni indirecta con las funciones asignadas por el ordenamiento jurídico colombiano al MSPS, en especial mediante el Decreto número 4107 de 2011.

Frente al plan de estímulos para hospitales universitarios e IPS universitarias, previsto en el artículo 27 de la iniciativa, este podría generar presiones fiscales incuantificables no contemplados en el Marco de Gasto de Mediano Plazo ni en el Marco Fiscal de Mediano Plazo. Además, se hace necesario que el "plan de beneficios" al que hace referencia este artículo se detalle explícitamente, debido a que tanto si es una exención como si genera gasto público debe estar claramente definida por ley.

En lo que respecta a la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia Financiera de Colombia sobre el Fosyga propuesta en el artículo 22 de la iniciativa, merece especial atención en tanto que en la actualidad la administración de ese fondo se encuentra a cargo de varias sociedades fiduciarias, las cuales, de acuerdo con el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero se encuentran sometidas a la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia Financiera, razón por la cual no tiene efecto útil dicha propuesta. Además, los términos empleados en el texto no permiten establecer el alcance de la supervisión que haría la Superintendencia Financiera, máxime si se tiene en cuenta la vigilancia que recae hoy en día sobre las fiduciarias. A su turno, dada la naturaleza del fondo, sin personería jurídica, el manejo financiero se encuentra a cargo del Ministerio de Salud y Protección Social, entidad que imparte las instrucciones a las entidades fiduciarias que la administran en el marco de un contrato de fiducia. Luego, el hecho de que se pretenda someter la

supervisión de dicho manejo a la vigilancia de la Superintendencia Financiera, significaría en últimas que dicha entidad terminaría vigilando al propio Ministerio de Salud, lo que francamente se aparta tanto de la finalidad de la Superintendencia Financiera como de la institucionalidad del Estado.

Ahora, este artículo consagra que la Superintendencia Financiera "vigilará las cuentas y hará los ajustes contables necesarios en las instituciones del Sistema de Seguridad Social en Salud que se encuentren o hayan sido intervenidas o liquidadas mediante procesos iniciados a partir del primero de enero del año 2000". Bajo ese orden de ideas, la Superintendencia Financiera asumiría la vigilancia de cuentas de entidades que no ejercen las actividades financiera, bursátil, aseguradora, así como cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público.

En efecto, la noción de instituciones que hacen parte del Sistema de Seguridad Social en Salud abarca IPS, EPS, entidades adaptadas, cajas de compensación que adelantan programas de salud y toda clase de entidades cuyo objeto consiste la prestación de servicios de salud y actividades relacionadas. Así las cosas, dicha disposición desconoce que el artículo 335 de la Constitución Política califica a las actividades financieras, bursátil, aseguradora y cualquiera otra que involucre el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público como de interés público, cuyo ejercicio debe estar autorizado previamente por el Estado.

Ampliar las funciones de la Superintendencia Financiera en la forma que pretende el proyecto, se traduciría en que la especialidad necesaria para supervisar adecuadamente estas actividades se perdería toda en contra del marco legal y constitucional previsto para la inspección, vigilancia y control de las entidades que la adelantan. Aparte, las cuentas de una determinada entidad no son más que el resultado financiero de sus actividades, por lo que no resulta lógico pretender separar la vigilancia de estas últimas de las cuentas que reflejan sus resultados, tal como lo pretende la iniciativa.

Por las razones antes expuestas, y teniendo en cuenta las propuestas presentadas respecto al Sistema de Seguridad Social recientemente aprobadas por el Congreso de la República, en el Proyecto de Ley del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 "Todos por un Nuevo País", este Ministerio se abstiene de emitir concepto favorable al proyecto de ley en estudio, y en consecuencia, de manera respetuosa, solicita considerar la posibilidad de su archivo, no sin antes manifestarle muy atentamente nuestra voluntad de colaborar con la actividad legislativa.

Cordial saludo,

ANDRÉS ESCOBAR ARANGO
Viceministro Técnico
Ministerio de Hacienda y Crédito Público

UJ-1080/15

Anexo: Lo enunciado

C. Co. Honorable Senador Édinson Delgado Ruiz - Autor

Honorable Senadora Sofía Gaviria Correa - Autor

Honorable Senadora Nadia Georgette Blel Scaff - Autor

Honorable Senador Luis Évelis Andrade Casamá - Autor

Honorable Senadora María del Rosario Guerra de la Espriella – Autor

Honorable Senador Alfredo Ramos Maya - Autor

Honorable Senador Ernesto Macías Tovar – Autor

Honorable Senador Susana Correa Borrero – Autor

Honorable Senadora Paloma Susana Valencia Laserna – Autor

Honorable Senador Antonio José Correa Jiménez – Ponente

Honorable Senador Eduardo Enrique Pulgar - Ponente

Honorable Senador Honorio Miguel Henríquez Pinedo – Ponente

Honorable Senador Álvaro Uribe Vélez - Ponente

Doctor Gregario Eljach Pacheco. Secretario General del Senado de la República.

Anexo número 1

Tabla 1: Costo Cobro Procedimientos NO-POS, Fosyga

Año	Subcuenta	Concepto	Apropiación definitiva	Ejecución presupuestal	%Ejec.
2011	Compensación	Otros Eventos y Fallos de Tutela	2.179.402.845.793	2.103.141.787.424	96,5%
		Servicios No Incluidos en el plan Obligatorio de Salud Del Regimen Subsidiado Decreto 3136 de 2011	184.597.359.792	53.941.186.681	29,2%
	Solidaridad	Apoyo Otros Eventos y Fallos de Tutela	92.984.291.216	17.053.942.008	18,3%
Total año			**2.456.984.496.801**	**2.174.136.916.113**	**88,5%**
2012	Compensación	Otros Eventos y Fallos de Tutela Extemporanidad (25%)	379.237.658.586	121.212.968.469	32,0%
		Otros Eventos y Fallos de Tutela	2.017.712.975.760	1.944.108.552.276	96,4%
	Solidaridad	Servicios no Incluidos en el Plan Obligatorio en Salud de Regimen Subsidiado Decreto 3136 de 2011	139.418.143.441	138.937.187.668	99,7%
Total año			**2.536.368.777.787**	**2.204.258.708.413**	**86,9%**
2013	Compensación	Reconocimiento Prestaciones de Servicios No Contenidos en el Plan de Beneficios - Otros Eventos y Fallos de Tutela	2.658.191.000.000	2.640.561.610.024	99,3%
		Reconocimiento Prestaciones de Servicios No Contenidos en el Plan de Beneficios - Paquetes Corrientes	2.392.784.032.694	2.375.154.642.719	99,3%
		Reconocimiento Prestaciones de Servicios No Contenidos en el Plan de Beneficio - Art 111 y 122 del Decreto Ley 19 de 2012.	67.008.516.681	67.008.516.681	100,0%
		Reconocimiento Prestaciones de Servicios No Contenidos en el Plan de Beneficios - Glosa Administrativa	190.420.309.184	190.420.309.184	100,0%
		Conciliaciones Pre y Judiciales de Reconocimiento Prestaciones de Servicios No Contenidos en el Plan de Beneficio y Otros Eventos y Fallos de Tutela	1.847.915.808	1.847.915.808	100,0%
		Reconocimiento Prestaciones de Servicios no Contenidas en el Plan Beneficio - Pasivos Exigibles Vigencias Expiradas 2do 50% Recobros Aprobados Condicionados	6.130.225.634	6.130.225.634	100,0%
	Solidaridad	Reconocimiento Prestaciones de Servicios no Contenidas en el Plan Beneficio - Pasivos Exigibles Vigencias Expiradas 2do 50% Recobros Aprobados Condicionados	105.000.000	13.419.920	12,8%
		Reconocimiento Prestaciones de Servicios No Contenidas en el Plan de Beneficios	19.000.000.000	15.126.927.562	79,6%
Total año			**5.335.487.000.000**	**5.296.263.567.530**	**99,3%**
2014	Compensación	Reconocimiento prestaciones de servicios no contenidos en el plan de beneficio - paquetes corrientes	1.767.600.000.000	1.357.382.926.867	76,8%
		Reconocimiento Prestación de Servicios No Contenidos en el Plan de Beneficios – Art. 111 y 122 del Decreto Ley 19 de 2012	12.400.000.000	-	0,0%
		Reconocimiento prestaciones de servicios no contenidos en el plan de beneficio - glosa administrativa	200.000.000.000	67.260.652.403	33,6%
	Solidaridad	Pago de Servicios Prestados a la Poblacion Pobre y los Servicios No POS Entidades Territoriales (numeral 2 Art. 3 Ley 1608 de 2013)	58.144.524.298	3.122.052.020	5,4%
		Reconocimiento prestaciones de servicios no contenidas en el plan de beneficios-otros eventos y fallos de tutela	15.000.000.000	8.270.261.577	55,1%
		Eventos de trauma mayor ocasionados por violencia de la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda (art. 1° decreto 1792 de 2012)	3.000.000.000	-	0,0%
Total año			**2.056.144.524.298**	**1.436.035.892.867**	**69,8%**
TOTAL PROMEDIO			**3.096.246.199.722**	**2.777.673.771.231**	**89,7%**

Fuente: MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL
ENCARGO FIDUCIARIO ADMINISTRADO POR EL CONSORCIO SAYP 2011

COMISIÓN SÉPTIMA CONSTITUCIONAL PERMANENTE DEL HONORABLE SENADO DE LA REPÚBLICA

Bogotá D. C., a los doce (12) días del mes de junio año dos mil quince (2015)

En la presente fecha se autoriza **la publicación en *Gaceta del Congreso*,** Comentarios al informe de ponencia para segundo debate del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, suscrito por el Viceministro Técnico Andrés Escobar Arango, en once (11) folios, "**al Proyecto de ley número 024 de 2014 Senado**, *por la cual se adoptan unas normas para mejorar la oferta, la oportunidad y la calidad de la atención en las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS), como hospitales y clínicas,* **al Proyecto de ley número 077 de 2014 Senado,** *por la cual se dictan disposiciones que regulan la operación del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones*, (acumulados), recibido en la Secretaría de la Comisión Séptima del Senado el día doce (12) de junio de 2015. Hora 8:50 a. m.

El presente comentario al informe de ponencia para segundo debate de se publica en la ***Gaceta del Congreso***, en cumplimento de lo ordenado en el inciso 5º del artículo 2º de la Ley 1431 de 2011.

El Secretario,

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

* * *

CONCEPTO JURÍDICO DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 002 DE 2014 SENADO

por la cual se establece la política de Estado para el desarrollo integral de la Primera Infancia de Cero a Siempre y se dictan otras disposiciones.

Bogotá, D. C.

1110600000-AF 120789-IMHC/ccr –cítese al contestar

Doctor

CRISTÓBAL RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ

Representante a la Cámara – Boyacá

Congreso de la República

Carrera 7 N° 8-69

Bogotá, D. C.

Referencia: Observaciones al Proyecto de ley número 002 de 2014 Senado, *por la cual se establece la política de Estado para el desarrollo integral de la Primera Infancia de Cero a Siempre y se dictan otras disposiciones.*

Respetado doctor Rodríguez:

En calidad de Procuradora Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia la Adolescencia y la Familia, en ejercicio de las competencias previstas en el artículo 277 de la Constitución Política, me dirijo a usted para darle a conocer las observaciones del Ministerio Público al Proyecto de ley número 002 de 2014, *por la cual se establece la política de Estado para el desarrollo integral de la Primera Infancia de Cero a Siempre y de dictan otras disposiciones*, algunas de las cuales tuve la oportunidad de exponer durante mi ponencia en el *"I Foro sobre la Política de Cero a Siempre en el contexto del Posconflicto"*, realizado el pasado 9 de abril con ocasión de la conmemoración del "Día Nacional de la Memoria y la Solidaridad con las Víctimas del Conflicto Armado".

Los primeros años de vida marcan trascendentalmente el desarrollo cognitivo, físico, psicológico y afectivo de un ser humano, razón por la cual resaltó la importancia de que el Congreso de la República legisle a favor de la primera infancia, que su protección deje de ser una política de Gobierno para convertirse en una política de Estado y que la construcción de la paz nazca de la garantía de los derechos de las víctimas, de las niñas y de los niños, puesto que la afectación de una persona conlleva la afectación de toda la sociedad.

No obstante, de la lectura del articulado del proyecto de ley se concluye que este presenta importantes falencias conceptuales que riñen con los principios constitucionales y legales que componen la columna vertebral del Derecho de la Infancia y la Adolescencia, lo que a su vez pone en entredicho la congruencia con el cuerpo normativo en conjunto, especialmente en relación con la Ley 1098 de 2006. Así mismo, a pesar de que la legislación a favor de los derechos de la infancia debe ser clara e inteligible, se evidencian ambigüedades, contradicciones, dificultades interpretativas y vacíos legislativos que en mi concepto, deben estudiarse detenidamente con el ánimo de ser subsanados.

I. **Normativa antecedente**

Antes de realizar unas breves anotaciones al citado proyecto de ley, es pertinente considerar que existe una normatividad a favor de la primera infancia, que incluso antecede a la Ley 1098 de 2006, dentro de la cual se resaltan las siguientes: la Ley 27 de 1974 (artículo 1°), la Ley 7ª de 1979 (artículos 9° y 21 numeral 12), el Decreto número 2388 de 1979, el Decreto número 334 de 1980 (artículo 4° numeral 13 – Estatutos ICBF), la Ley 28 de 1981 (artículo 1°), la Ley 89 de 1988 (artículo 1°, parágrafo 2°), el Decreto número 1471 de 1990 (artículos 124, literal c), el Decreto número 1340 de 1995 (los artículos 126 y 127) la Ley 715 de 2001 (ampliamente modificada) y la Ley 115 de 1994.

Por su parte, el artículo 29 de la Ley 1098 de 2006, reitera el trato preferencial para las niñas y los niños menores de seis (6) años, que en las normas inicialmente citadas se definía en los siete (7) años de edad.

Así mismo, con el ánimo de proteger a la primera infancia, el Legislador ha continuado profiriendo disposiciones normativas en el mismo sentido, las cuales tratan y desarrollan temas afines a los del Proyecto de ley número 002 de 2014. Muestra de ello son la Ley 1295 de 2009, por la cual se reglamenta la atención integral de los niños y las niñas de la primera infancia de los sectores clasificados como 1, 2 y 3 del Sisbén, cuyo objeto es *"Contribuir a mejorar la calidad de vida de las madres gestantes, y las niñas y niños menores de seis años, clasificados en los niveles 1, 2 y 3 del Sisbén, de manera progresiva, a través de una articulación interinstitucional que obliga al Estado a garantizarles sus derechos a la alimentación, la nutrición adecuada, la educación inicial y la atención integral en salud"*; y

la Ley 1450 de 2011, Ley Orgánica del Plan Nacional de Desarrollo (artículos 136 y 137).

El Decreto número 4875 de 2011, a través del cual se crea la Comisión Intersectorial para la Atención Integral de la Primera Infancia (AIPI) y la Comisión Especial de Seguimiento para la Atención de la Primera Infancia, norma cuyo objeto fija el artículo 2°, así: *"La Comisión tendrá por objeto coordinar y armonizar las políticas, planes, programas y acciones necesarias para la ejecución de la atención integral a la primera infancia; siendo esta la instancia de concertación entre los diferentes sectores involucrados"*.

Adicionalmente, se han expedido documentos Conpes de capital importancia no solo para desarrollar y fortalecer la política pública de atención a la primera infancia sino para robustecer los recursos y presupuestos que garanticen la atención a través de los servicios y programas a través de los cuales se materializa o concreta la implementación de la política pública del Estado (artículos 201 y 205 de la Ley 1098 de 2006) para la primera Infancia. Basta mencionar el Conpes 109 del 3 de diciembre de 2007 por medio del cual se expide la Política Pública Nacional de Primera Infancia *"Colombia por la Primera Infancia"*; el Conpes 115 del 23 de junio de 2008 sobre la distribución del Sistema General de Participaciones para la Atención de la Primera Infancia; el Conpes 123 del 27 de abril de 2009 que determina la distribución de los recursos del Sistema General de Participaciones para la Atención Integral de la Primera Infancia para la vigencia 2009, provenientes del crecimiento real de la economía superior al 4% en el 2007 y declaración estratégica del Programa de Atención Integral a la Primera Infancia; y el Conpes 152 del 14 de junio de 2012 acerca del Sistema General de Participaciones - Recursos para Primera Infancia.

Es importante anotar que uno de los principales problemas del ordenamiento jurídico colombiano, al que no son ajenas las normas relacionadas con la garantía y protección de los derechos de las niñas, los niños y los adolescentes, es la cantidad de normas, su dispersión y particularismo normativo con el que se legisla, lo que hace casi imposible disponer de un *corpus iuris* consistente, coherente, sustancial, comprensivo y cuya pedagogía parta desde la observancia de una técnica legislativa y lenguaje sencillo que le permita tanto a las niñas, los niños y los adolescentes, a la ciudadanía en general, a los profesionales y otros estamentos, conocer de forma clara y sencilla un cuerpo de normas concreto, que regulan, protegen y garantizan sus derechos, a esa finalidad le apuntó justamente la Ley 1098 de 2006, al expedirse un Código de la Infancia y la Adolescencia.

II. **Falencias conceptuales**

1. **Los niños y las niñas son sujetos de derechos**

A la hora de plantear una política pública a favor de la primera infancia, es importante indagar cuál es el concepto de *niño* que la inspira, el cual ha venido siendo transformado en Colombia desde hace más de una década, de acuerdo a los estándares internacionales.

La antigua concepción de que los niños son simples *menores*, ubicados en un estadio inferior, *objetos de protección* por parte de su familia y del Estado solo cuando se presentaba una *situación irregular*, ha sido sustituida por la certeza de que los niños y las niñas, en su condición de seres humanos y en consecuencia, plenamente dignos, son *sujetos de todos los derechos* que como personas les corresponden, quienes además, son *sujetos de especial protección*, prevaleciendo sus derechos sobre los de los demás, aspectos que fueron reconocidos normativamente en el Código de la Infancia y la Adolescencia en sus artículos 1° (finalidad), 3° (sujetos titulares de derechos), 7° (protección integral), 8° (Interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes), 9° (prevalencia de los derechos) y 29 (derecho al desarrollo integral en la primera infancia).

Teniendo en cuenta lo expuesto; es preocupante que el Proyecto de ley número 002 de 2014, a pesar de mencionar la doctrina de la protección integral en los artículos 1° y 4°, la ley en su conjunto no tenga en cuenta los mismos criterios de forma transversal, puesto que por ejemplo, en su artículo octavo, cuando establece la fase de evaluación, se refiere explícitamente a los niños y a las niñas como *"(...) objeto de la política de Estado para el desarrollo integral de la primera infancia* (subrayado por fuera del texto original)" y no como sujetos de especial protección.

2. **El principio de la corresponsabilidad y el principio de la subsidiariedad son mutuamente excluyentes**

El artículo 8° confunde los principios de subsidiariedad y de corresponsabilidad cuando desarrolla la fase de implementación de la política pública, ignorando que el artículo 3° del Código del Menor -sobre el principio de la subsidiariedad- propio del paradigma de la situación irregular, fue derogado por los artículos 11 y 217 del Código de la Infancia y la Adolescencia, en concordancia con el artículo 44 de la Constitución Política, los cuales estatuyeron el principio de la corresponsabilidad, que implica que a la hora de proponer una política pública, esta debe canalizarse a través de todos los involucrados, como son en este caso, la familia, la sociedad y el Estado, quienes concurren permanentemente y en distintos niveles, para garantizar el ejercicio de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, en cuanto a su atención, cuidado y protección en todas las esferas y ámbitos y no solo cuando se ha consolidado una situación fáctica de vulneración de derechos que implique que un actor desplace al otro de forma subsidiaria, como parece entenderlo el proyecto de ley.

3. **El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar es el órgano rector del Sistema Nacional de Bienestar Familiar**

Es evidente que para que los niños y las niñas puedan ser protegidos de forma integral es necesario que el Estado en conjunto adelante actuaciones de forma coordinada y armónica, emplee todos sus recursos y active todos sus sectores y áreas, escenario en el cual el servicio público que se presta a través del Sistema Nacional de Bienestar Familiar adquiere una relevancia mayúscula y en consecuencia, es indispensable el protagonismo del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, como órgano rector del SNBF (Ley 7ª de 1979, Decreto número 2388 de 1979, Decreto número 334 de 1980, Decreto número 1471 de 1990, Ley 12 de 1991, Decreto número 2041 de 1995, Decreto número 1137 de 1999, Decreto número 1138 de 1999, Decreto número 3264 de 2002, Ley 1098 de 2006 y Decreto número 117 de 2010).

No obstante, al leer detenidamente el proyecto de ley aparecen algunos artículos que contradicen lo precedentemente postulado:

• *Artículo 11. "La coordinación, articulación e intersectorialidad de la Política de Estado para el desarrollo integral de la Primera Infancia "De Cero a Siempre", estará a cargo del Sistema Nacional de Bienestar Familiar a través de la Comisión Intersectorial para el Desarrollo de la Primera Infancia, en el marco del artículo 205 de la Ley 1098 de 2006 o la ley que la modifique"* (subrayado fuera del texto original).

Por lo tanto, a pesar de citar explícitamente el artículo 205 del Código de la Infancia y la Adolescencia [9], el artículo 11 del proyecto contradice su contenido, puesto que no deja claro cómo se articulará la coordinación de la CIPI con la del ICBF como órgano rector, dinamizador y coordinador, causando la desarticulación del Sistema Nacional de Bienestar.

• Artículo 18: *"[El Departamento Administrativo para la Prosperidad Social] propenderá por la articulación de acciones con los programas gubernamentales a cargo del DPS o alguna de sus entidades adscritas, dirigidos a la erradicación de la pobreza extrema, el manejo de víctimas, entre otras condiciones de vulneración"*.

Esta disposición ignora por una parte, que el ICBF recientemente ha pasado a ser una entidad adscrita al DPS encargada de coordinar el Sistema Nacional de Bienestar Familiar y por otra parte, que la población beneficiaria del servicio público de bienestar familiar no es exclusivamente la que se encuentra en condiciones de vulneración, por circunstancias como por ejemplo la pobreza extrema o la condición de víctimas, sino que se trata de propender por la prosperidad en todos los ámbitos, de la totalidad de las familias colombianas, a través de programas, como por ejemplo, la escuela de padres, o talleres de pautas de crianza u orientación familiar para parejas, etc.

El texto, tal y como está redactado, le asigna al DPS la oferta de servicios dirigidos a la primera infancia, los cuales históricamente han sido programas de prevención, dejándole residualmente al ICBF el restablecimiento de derechos, afectando así el concepto de protección integral.

• Artículo 19. *"El rol del ICBF en el marco de la política para el Desarrollo Integral de la Primera Infancia, está definido por su naturaleza institucional como entidad encargada de generar* línea técnica y prestar servicios directos a la población, *alinea todas sus áreas, dependencias, programas y servicios con el marco político, técnico y de gestión de la estrategia, coordina e implementa la prestación de servicios de educación inicial con enfoque de atención integral y diferencias para las comunidades indígenas, afrodescendientes, raizales, palenqueras, entre otras, a la primera infancia, y brinda asistencia técnica y acompañamiento a los prestadores de los servicios. Igualmente, define orientaciones para la protección integral, la garantía, la prevención de la inobservancia y la restitución de los derechos de las niñas y los niños con la corresponsabilidad de la sociedad y la familia y aporta a la definición de lineamientos de orientación y formación a familias".*

El artículo transcrito demuestra que el ICBF queda desfigurado por completo, al reducirlo a una entidad técnica y prestadora directa de servicios, que nada tiene que ver con la asunción de su función misional principal relativa a la garantía integral y a la universalidad de los derechos de los niños y de las niñas, asunto que excede competencias técnicas y prestacionales.

De otro lado, el texto parece centrar el ámbito de competencias del ICBF en la educación formal para ciertos grupos poblacionales, sin tener en cuenta que este servicio es responsabilidad del Ministerio de Educación Nacional, presentándose una responsabilidad compartida entre el ICBF y el DPS respecto a los niños y las niñas menores de 6 años.

El Ministerio Público debe ser incisivo y exigente con que se respeten las concepciones básicas que inspiran el derecho de la infancia y la adolescencia en nuestro país, debe propugnar porque la protección a los derechos sea progresiva y no regresiva, y porque la normatividad interna se ajuste a los cánones internacionales que el Estado colombiano se ha comprometido a respetar. En este sentido, la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia alienta al Congreso de la República para que (i) el contenido del Proyecto de ley número 002 de 2014 se ajuste a la doctrina de la protección integral, de acuerdo con la cual los niños y las niñas son concebidos como sujetos de derechos y no como objetos de protección; (ii) el principio de la corresponsabilidad, de acuerdo con el cual la familia, el Estado y la sociedad concurren para garantizar los derechos de la infancia y la adolescencia, irradie la escala de responsabilidades y competencias establecidas en el proyecto de ley, y (iii) el Sistema Nacional de Bienestar Familiar sea fortalecido y articulado bajo la rectoría del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, de tal forma que sea capaz de activar toda clase de servicios como, por ejemplo de salud, educación, seguridad alimentaria, entre otros, para la garantía de los derechos fundamentales de los niños y de las niñas desde las perspectivas preventiva y de restablecimiento.

III. **Falta de coherencia normativa, ambigüedades, contradicciones y dificultades interpretativas**

4. **La redacción debe ser diáfana**

Por otra parte, en aras de propugnar por la adecuada implementación de la técnica legislativa, el Ministerio Público detectó algunos errores de ortografía y redacción que deben ser corregidos, dentro de los cuales se encuentran los siguientes:

• En el artículo 26 del proyecto de ley está escrito *"concejos municipales y distritales"*, sin embargo, la palabra consejos de escribe con "s", porque hace referencia a los Consejos de Política Social en los Consejos Municipales.

• El parágrafo del mismo artículo 26 está numerado a pesar de ser único.

5. **La terminología debe ser clara**

Por su parte, el artículo 2° del proyecto de ley es amplio e impreciso, puesto que la definición de la palabra "Estado" es muy variada y compleja a la luz de la Teoría Constitucional.

9 *"El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar como rector del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, tiene a su cargo la articulación de las entidades responsables de la garantía de los derechos, la prevención de su vulneración, la protección y el restablecimiento de los mismos".*

En segundo lugar, los términos "desarrollo integral, "atención integral" y "protección integral", a pesar de ser definidos en el artículo 4° del proyecto de ley, se usan indistintamente y sin determinar cuál es su contenido, cuáles son las cargas prestacionales que implican para el Estado y cuáles son las garantías en cabeza de los niños y las niñas menores de 6 años. Adicionalmente, es indispensable articular los mencionados conceptos con el de "reparación integral", al que se refiere la Ley 1448 de 2011, *"por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones*", máxime cuando Colombia próximamente podría entrar en una etapa de posconflicto.

6. **La normatividad debe ser precisa y coherente**

Algunas de las incoherencias e imprecisas contenidas en el Proyecto de ley número 002 de 2014 en comento, son las siguientes:

• El artículo 12 establece que *"[l]a Presidencia de la República presidirá la Comisión Intersectorial y hará la coordinación de la Política para el Desarrollo Integral de la Primera Infancia"*, sin tener en cuenta que los órganos técnicos y científicos pertenecientes a la Rama Ejecutiva son responsabilidad última de la Presidencia, pero están en cabeza de oficinas delegadas o descentralizadas especializadas.

• El artículo 13, el cual establece que *"[l]as funciones de las entidades que integran la Comisión Intersectorial de Primera Infancia están asignadas según la competencia que le corresponde a cada una de ellas, así como los acuerdos definidos en la comisión y los principios de complementariedad, concurrencia y subsidiariedad"*, no establece ninguna competencia o función, propone generalidades, convirtiéndolo en un texto vago.

• Las competencias asignadas por el proyecto de ley al Departamento Nacional de Planeación aparecen dispersas y divididas a lo largo del articulado.

7. **La interpretación jurídica no debe permitir equívocos**

A continuación se relacionan algunos de los problemas interpretativos que surgen con ocasión del proyecto de ley:

• Los *"[p]rincipios rectores de la política de Estado para el desarrollo integral de la primera infancia"* de prevención, protección y promoción, contemplados en el artículo 3°, además de ser confusos en su redacción, porque no se especifica qué se busca prevenir, proteger y promover, generan problemas interpretativos, puesto que se confunden áreas de trabajo e impacto de una política pública con principios, los cuales por su naturaleza, deberían poder tender a su máxima realización, ponderación e irradiación.

• A la hora de definir en el artículo 4° las *"realizaciones" como "las condiciones y estados que se materializan en la vida de cada niña y cada niño, y que hacen posible su desarrollo integral"* y los "entornos" como *"los espacios físicos, sociales y culturales diversos en que los niños y niñas se desenvuelven, con los que interactúan y que son determinantes para su desarrollo integral"*, no queda claro si se trata de derechos o de otros atributos de la persona.

8. **Las disposiciones normativas propuestas no deben ser redundantes, obvias, ni repetitivas**

El proyecto de ley establece competencias obvias para los Ministerios, lo cual implica que probablemente la expedición de la ley no impacte positivamente la realidad, puesto que sin establecer algo novedoso es muy difícil generar un cambio institucional o social.

Como muestra de lo anterior, es insuficiente que el artículo 14 ordene que la educación sea reconocida como derecho fundamental, a pesar de que actualmente tenga este estatus en la Constitución Política (artículo 44), el Código de la Infancia y la Adolescencia (artículo 28). Adicionalmente, la redacción del artículo 14, sobre educación inicial, es la misma que establece el Plan Nacional de Desarrollo siendo el único aspecto novedoso la referencia a la inspección, la vigilancia y el control.

Así mismo, en lo concerniente a la salud, se observa que el artículo 16, no instituye nada distinto a lo establecido en la Constitución Política (artículos 44, 48, 49, 50 y 365), la Ley 60 de 1993, la Ley 100 de 1993, la Ley 715 de 2001, la Ley 1098 de 2006 (artículo 27), la Ley 1438 de 2011 y la Ley 1751 de 2015.

Por otra parte, después de hacer responsables a los actores involucrados, entre ellos a las entidades territoriales, de la implementación de los planes, programas y proyectos respectivos, el parágrafo del artículo 7° es ambiguo, puesto que al establecer que *"[l]a política de Cero a Siempre, será de obligatorio cumplimiento para todas las instituciones del Estado, de acuerdo con las competencias constitucionales y legales"*, no está diciendo algo distinto a que la ley es obligatoria una vez entra en vigencia y si la intención es enfatizar, olvidó establecer algunas consecuencias jurídicas especiales frente al eventual incumplimiento de las obligaciones impuestas por la ley a las entidades territoriales.

En conclusión, en aras de que el Proyecto de ley número 002 de 2014 no padezca incoherencias, ambigüedades, contradicciones y dificultades interpretativas, la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia recomienda que (i) se corrija la ortografía y la redacción de los textos; (ii) se empleen términos diáfanos que permitan reconocer su contenido y sus consecuencias jurídicas; (iii) se establezcan contenidos claros y relevantes a todos los artículos, especialmente a aquellos que establecen competencias; (iv) los principios y valores del proyecto de ley inspiren una interpretación coherente y sistemática, y (v) se estudie con mayor rigurosidad el marco normativo vigente para que las disposiciones propuestas no se tornen redundantes, obvias y repetitivas.

IV. **Vacíos legislativos**

9. **Principios como el de la dignidad humana y el del interés superior, entre otros, son esenciales**

Como ya se mencionó, en un Estado Social de Derecho la dignidad humana es el fundamento de la naturaleza personal, y en consecuencia plena de derechos de los niños y las niñas, más allá de su minoría de edad y de su estado de vulnerabilidad, que solo implica que sus derechos sean prevalentes y sus intereses superiores.

El artículo 3° del proyecto de ley enuncia algunos de los principios, pero no define su contenido y significado.

Adicionalmente, es relevante tener en cuenta que a pesar de que el artículo 5° de la Ley 1098 de 2006 señala que *"[l]as normas sobre los niños, las niñas y los adolescentes, contenidas en este Código, son de orden público, de carácter irrenunciable y los principios y reglas en ellas consagrados se aplicarán de preferencia a las disposiciones contenidas en otras leyes"*; el artículo 3° del Proyecto de ley número 002 de 2014 Cámara, omite considerar principios de vital importancia como la dignidad humana, el interés superior y la exigibilidad de los derechos; no hace ninguna remisión a los principios de la protección integral reseñados especialmente en los artículos 1° a 16, ni a los principios rectores de las políticas públicas de Estado en materia de infancia, adolescencia y familia contenidos en el artículo 203.

Adicionalmente, por razones de técnica legislativa, la protección integral debería ser enunciada como un principio en el marco del artículo 3° de la ley, en lugar de estar ubicada dentro de las definiciones.

10. **La protección a la madre gestante**

La garantía de los derechos de la primera infancia, que empieza en la concepción y culmina a los 6 años, implica una adecuada protección a la madre embarazada para atender a los niños y a las niñas desde la gestación, sin que ello haya sido previsto en el proyecto de ley. Es importante tener en cuenta que actualmente la protección normativa a la madre gestante más relevante comprende los artículos 238 (descanso remunerado durante la lactancia) y 239 (fuero laboral de maternidad) del Código Sustantivo del Trabajo; el artículo 166 de la Ley 100 de 1993 (cobertura del POS para las mujeres en estado de embarazo); los artículos 60 (atención especializada para el restablecimiento de derechos a adolescentes embarazadas) y 111 (fijación de cuota alimentaria para el hijo que está por nacer solicitada por la mujer grávida) de la Ley 1098 de 2006; y los artículos 3° de la Ley 1295 de 2009 (ordena lograr el acceso progresivo de las mujeres en embarazo y de los niños menores de 6 años en Sisbén 1, 2 y 3 a servicios integrales de salud, alimentación y educación).

11. **La participación de la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas**

La Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas debería integrar la Comisión Intersectorial de Primera Infancia prevista en el artículo 12, puesto que en el marco del posconflicto es necesario tener en cuenta la importancia de reestablecer los derechos vulnerados de todos aquellos niños y niñas que incluso desde muy corta edad no fueron protegidos contra hechos victimizantes como por ejemplo las guerras, la explotación económica, la utilización, el reclutamiento, o la oferta de menores de edad en actividades de promoción, producción, recolección, tráfico, distribución y comercialización de tabaco, sustancias psicoactivas, estupefacientes o alcohólicas; el secuestro, la venta, la trata de personas y el tráfico y cualquier otra forma contemporánea de esclavitud o de servidumbre; la tortura y toda clase de tratos y penas crueles, inhumanos, humillantes y degradantes, la desaparición forzada y la detención arbitraria. Incluso, desde una perspectiva de derechos más integral, es importante la participación del Director de la Unidad de Víctimas en esta comisión cuando existen familias que se han visto afectadas por el conflicto armado interno y en cuyo seno se encuentren niños en su ciclo de primera infancia, quienes en conjunto, necesitan una atención diferencial.

12. **La educación inicial debe ser un servicio integral**

La redacción del artículo 14 deja la impresión de que los servicios de educación para la primera infancia se enfocan exclusivamente en "los colegios", cuando debería enfatizarse en un proyecto pedagógico de naturaleza especial, dándole un sentido de protección preventiva que involucre de forma sustantiva y esencial a los niños, las niñas, la familia y la comunidad, las cuales deberían ser apoyadas y fortalecidas en valores educativos, pedagógicos y de crianza, frente a sus responsabilidades en la protección integral, garantes de derechos y responsables graduales de ciertos deberes.

13. **Insuficiente asignación de recursos**

A pesar de que una adecuada asignación de recursos en un presupuesto de éxito esencial de las políticas públicas, el verbo "propenderá" del artículo 28 del proyecto de ley, sobre la financiación, se abstiene de establecer un compromiso claro, con metas explícitas en términos de modo, tiempo y lugar para financiar la política pública "De Cero a Siempre". Sin erogaciones obligatorias por parte del Gobierno nacional, será imposible convertir la estrategia "De Cero a Siempre" en una política de Estado que se ejecute con independencia de lo que suceda en el ámbito político, y además, se afectan los principios de progresividad y no regresividad de los derechos, de conformidad con los artículos 348, 3510, 351, 356 y 366 de la Constitución Política.

14. **El concepto de protección integral tiene un enfoque de derechos que debería garantizarse en todos los ciclos vitales**

Es evidente que la primera infancia es una etapa crucial en la vida de los seres humanos, sin embargo, ello no significa que deban descuidarse los ciclos vitales subsiguientes, pues siendo así, la inversión social durante los primeros años podría frustrarse. Colombia debe ser consciente de que recientemente ha tenido un bono generacional que debería ser aprovechado.

El Ministerio Público es consciente de que el Proyecto de ley número 002 de 2014 de la Cámara de Representantes del Congreso de la República está dirigido de forma exclusiva a la primera infancia, pero vale la pena llamar la atención sobre la continuidad que este tipo de políticas públicas deberían tener en relación con los otros ciclos vitales y sobre la importancia de no olvidar que los derechos y sus respectivas obligaciones estatales deberían tener características de progresividad.

La primera infancia en Colombia ha tenido un régimen legal no solo especial y amplio sino que específicamente se han dictado un conjunto de normas para la protección y garantía de los derechos de las niñas y los niños menores de seis (6) años enfatizando la legislación en el derecho a la salud, la nutrición, la filiación, la educación, entre otros, lo cual es muy positivo y necesario, pero también es cierto que sectores como el de adolescentes goza de una mínima protección legal, reglamentaria y programática.

En atención a lo expuesto, la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia solicita que se busque que el Proyecto de ley número 002 de 2014 sea un cuerpo

normativo completo y armónico, para lo cual propone que: (i) en cuanto a los principios, se definan y se ubiquen estratégicamente dentro del articulado los que fueron reseñados y se incluyan algunos de los principios fundamentales en el Derecho de la Infancia y la Adolescencia que fueron erróneamente obviados como son por ejemplo los de la dignidad humana, el interés superior, la prevalencia de los derechos de los niños y las niñas; (ii) se prevea la protección a la madre gestante como parte de la política pública de primera infancia; (iii) se incluya la participación de la Unidad para la Atención y Reparación a las Víctimas dentro de la Comisión Intersectorial de Primera Infancia; (iv) se conciba la educación inicial como un servicio integral; (v) se asignen recursos públicos que garanticen la adecuada implementación y sostenibilidad de la política pública "De Cero a Siempre" en los años venideros; (vi) se trabaje en el diseño e implementación de políticas públicas que garanticen los derechos de la infancia y la adolescencia en todos los ciclos vitales para garantizar la igualdad y la continuidad de trato que les ofrece el Estado colombiano.

En estos términos el Ministerio Público desea aportar al proceso legislativo que sigue el proyecto de ley "De Cero a Siempre" en el Congreso de la República y recuerda que la expedición de una ley de esta naturaleza ofrece un respaldo institucional y un marco jurídico a la política pública, pero no la construye en su totalidad, puesto que ello implica el consenso y compromiso de las autoridades locales y de la sociedad en su conjunto.

Sin otro particular, hago propia la ocasión para enviarle un cordial saludo.

ILVA MYRIAM HOYOS CASTAÑEDA
Procuradora Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia

C. C. Doctora María Cristina Trujillo. Consejera Presidencial para Programas Especiales. Casa de Nariño, carrera 8° N° 7-26. Bogotá, D. C.

C. C. Doctora Cristina Plazas Michelsen. Directora del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Avenida carrera 68 N° 64C-75. Bogotá, D. C.

C. C. Constanza Liliana Alarcón Párraga. Coordinadora de la Comisión Intersectorial de Primera Infancia. Calle 7 N° 6-54. Bogotá, D. C.

COMISIÓN SÉPTIMA CONSTITUCIONAL PERMANENTE DEL HONORABLE SENADO DE LA REPÚBLICA

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

En la presente fecha se autoriza **la publicación en *Gaceta del Congreso*,** el concepto de la Procuraduría General de la Nación, suscritor por la Procuradora Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia, *Ilva Myriam Hoyos Castañeda*, en siete (7) folios, *"***Proyecto de ley número 151 de 2015 Senado, 002 de 2014 Cámara**, *por la cual se establece la política de Estado para el desarrollo integral de la primera infancia "De Cero a Siempre" y se dictan otras disposiciones*, recibido en la Secretaría de la Comisión Séptima del Senado el día diez (10) de junio de 2015. Hora 6:00 p. m.

El presente concepto se publica en la ***Gaceta del Congreso***, en cumplimento de lo ordenado en el inciso 5º del artículo 2º de la Ley 1431 de 2011.

El Secretario,

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

CONTENIDO

Gaceta número 408 - viernes 12 de junio de 2015

SENADO DE LA REPÚBLICA

CONCEPTOS JURÍDICOS **Págs.**

Concepto jurídico del Ministerio de Hacienda y Crédito Público a la ponencia para segundo debate al Proyecto de ley número 24 de 2014 Senado, acumulado con el proyecto de ley número 77 de 2014 Senado, por la cual se dictan disposiciones que regulan la operación del sistema general de seguridad social en salud y se citan otras disposiciones..... 1

Concepto jurídico de la Procuraduría General de la Nación al Proyecto de ley número 002 de 2014 Senado, por la cual se establece la política de Estado para el desarrollo integral de la primera infancia de Cero a Siempre y se dictan otras disposiciones. 7

IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA - 2015