



GACETA DEL CONGRESO

SENADO Y CÁMARA

(Artículo 36, Ley 5ª de 1992)

IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA
www.imprenta.gov.co

ISSN 0123 - 9066

AÑO XXVI - N° 908

Bogotá, D. C., martes, 10 de octubre de 2017

EDICIÓN DE 40 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

PONENCIAS

INFORME DE PONENCIA PARA PRIMER DEBATE AL PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO NÚMERO 08 DE 2017

por medio del cual se modifica el Sistema General de Participaciones

Bogotá, octubre de 2017

Doctor

ROOSVELT RODRÍGUEZ RENGIFO

Comisión Primera de Senado

Presidente

Referencia: Informe de ponencia para primer debate al Proyecto de Acto Legislativo número 08 de 2017, por medio del cual se modifica el Sistema General de Participaciones.

Respetado señor Presidente:

Con el fin de responder al encargo que me hiciese la Mesa Directiva de la Comisión Primera Constitucional Permanente del Senado de la República, y conforme a lo preceptuado en los artículos 150, 153 y 156 de la Ley 5ª de 1992, de manera atenta me permito presentar mi informe de ponencia para primer debate del Proyecto de Acto Legislativo número 08 de 2017 “por medio del cual se modifica el Sistema General de Participaciones”, radicado el día 12 de septiembre de 2017 y publicado en la *Gaceta del Congreso* 795 de 2017.

Atentamente,

Claudia López Hernández
Senadora de la República
Alianza Verde

1. Síntesis del proyecto

El Proyecto de Acto Legislativo número 08 de 2017, busca establecer una regla para el incremento anual en el flujo de los recursos que se transfieren a los entes territoriales a través del Sistema General de Participaciones, para que el incremento nunca sea inferior a la tasa de inflación causada.

En esta medida la modificación introduce una nueva regla en el inciso 1 del artículo 357 de la Constitución Política de Colombia y establece que en ningún caso el incremento de los recursos del SGP de los departamentos, distritos y municipios, podrá ser inferior a la tasa de inflación causada en los doce (12) meses anteriores a la presentación del presupuesto general de la nación, para así evitar situaciones en las cuales las entidades territoriales vean afectados sus recursos por fenómenos inflacionarios.

2. Justificación y antecedentes

El Sistema General de Participaciones es un modelo establecido en el artículo 356 y 357 de la Constitución Política de Colombia, en virtud del cual el Gobierno nacional transfiere recursos a los departamentos, distritos y municipios, con el fin de atender los servicios a cargo de estos y financiar su adecuada prestación. Estos recursos se destinan prioritariamente a la financiación del servicio de salud, educación (preescolar, primaria, secundaria y media), y servicios públicos domiciliarios de agua potable y saneamiento básico.

Considerando lo indicado, el artículo 357 de la Carta Política de 1991 establecía la forma de calcular los recursos a transferir, disposición que ha sido modificada tres (3) veces desde su entrada en vigencia, lo anterior por medio del Acto Legislativo número 01 de 1995, Acto Legislativo número 01 de 2002 y finalmente por el Acto Legislativo número 04 de 2007. Estas situaciones y cambios normativos

han producido que los recursos del Sistema General de Participaciones se hayan visto disminuidos con el paso del tiempo, pues las formulas empleadas para calcular su reparto fueron modificadas y han provocado un menoscabo en las finanzas territoriales, ampliamente dependientes de las transferencias del Gobierno nacional.

El presente proyecto de Acto Legislativo contempla la obligación de garantizar un flujo continuo de los recursos del Sistema General de Participaciones, esto es impidiendo que se reduzca el mismo por causas de la inflación. En este sentido, se propone establecer un tope mínimo, en virtud del cual estos montos de dinero no pueden disminuir bajo ninguna circunstancia por debajo de la inflación del año anterior, esto es los doce (12) meses anteriores a la presentación del presupuesto general de la nación.

Para 2018, en el proyecto de ley de presupuesto, los recursos del SGP ascienden a de \$36,7 billones, mientras que para el año 2017 son \$36,5 billones. Esto representa un crecimiento de 0,54%, mientras que la inflación anual a agosto de 2017 fue de 3,9% y la inflación esperada al cierre de 2017 es de 4.1%. Es decir, en el Sistema General de Participaciones se están reduciendo los recursos en términos reales cerca de 3,4%, cuando las necesidades y exigencias de las regiones son cada vez más crecientes.

Teniendo en cuenta lo anterior, el proyecto de Acto Legislativo busca corregir esta situación imponiendo un tope mínimo de aumento del Sistema General de Participaciones, modificando el artículo 357 de la Constitución Política. Para así garantizar la continuidad del proceso de descentralización política en la nación, por medio de la necesaria garantía de la transferencia de recursos del gobierno central hacia las entidades territoriales, imprescindible para la democracia

participativa, la participación real, legitimidad del mismo sistema político y la garantía del cumplimiento de los principios del Estado entendiendo que como lo dispone el artículo 1 de la Constitución Política. *“Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, **descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales**, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”*. (Resaltado fuera de texto).

Así mismo el artículo 356 de la Constitución establece que: *“no se podrá descentralizar competencias sin la previa asignación de los recursos fiscales suficientes para atenderlas”*, y es precisamente lo que está ocurriendo actualmente, pues se han descentralizado competencias, a las cuales posteriormente se les ha restado recursos fiscales para poder atenderlas, es decir, las entidades territoriales deben cumplir las mismas y más funciones atribuidas con un monto de dinero menor que el asignado en periodos anteriores.

Por consiguiente, no es conveniente reducir en términos reales las transferencias hacia los departamentos, municipios y distritos provenientes del SGR, en un contexto de ampliación de las misiones y funciones de las entidades territoriales, de cara a una transición exitosa hacia el posconflicto. En esta medida debe propenderse por el aumento de sus recursos y no su limitación paulatina.

3. Contenido del Proyecto de Acto Legislativo

El Proyecto de Acto Legislativo número 08 de 2017 Senado, está compuesto por dos artículos. El primero de ellos introduce una modificación en la parte final del primer inciso del artículo 357 de la Constitución Política de Colombia así:

Artículo actual	Modificación propuesta
Artículo 357. El Sistema General de Participaciones de los Departamentos, Distritos y Municipios se incrementará anualmente en un porcentaje igual al promedio de la variación porcentual que hayan tenido los ingresos corrientes de la Nación durante los cuatro (4) años anteriores, incluido el correspondiente al aforo del presupuesto en ejecución. (...)	Artículo 357. El Sistema General de Participaciones de los Departamentos, Distritos y Municipios se incrementará anualmente en un porcentaje igual al promedio de la variación porcentual que hayan tenido los ingresos corrientes de la Nación durante los cuatro (4) años anteriores, incluido el correspondiente al aforo del presupuesto en ejecución. <u>En ningún caso este incremento podrá ser inferior a la tasa de inflación causada en los doce (12) meses anteriores a la presentación del Proyecto de Ley del Presupuesto General de la Nación.</u> (...)

El segundo y último artículo del proyecto de acto legislativo, se incluye la vigencia, la cual establece que la modificación regirá a partir de la promulgación.

En esta ponencia no se realiza ninguna modificación al texto y se presenta tal como fue radicado en el proyecto original.

Cordialmente,

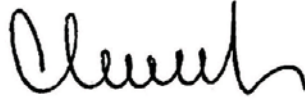


Claudia López Hernández
Senadora de la República
Alianza Verde

PROPOSICIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones, de manera respetuosa solicito a la Comisión Primera del Senado de la República dar primer debate al Proyecto de Acto Legislativo número 08 de 2017, *por medio del cual se modifica el Sistema General de Participaciones*, tal como fue presentado en el proyecto original.

Cordialmente,



Claudia López Hernández
Senadora de la República
Alianza Verde

* * *

**INFORME DE PONENCIA PARA PRIMER
DEBATE - PROYECTO DE LEY NÚMERO
104 DE 2017 SENADO**

por medio de la cual se regula el uso adecuado y eficiente de recursos públicos destinados a publicidad de naturaleza estatal y se dictan otras disposiciones.

Bogotá, D. C., 9 de octubre de 2017

Doctor

RAFAEL OYOLA ORDOSGOITIA

Secretario General

Comisión Tercera Constitucional Permanente

Senado de la República

Ciudad

Referencia: Informe de ponencia para primer debate - Proyecto de ley número 104 de 2017 Senado, por medio de la cual se regula el uso adecuado y eficiente de recursos públicos destinados a publicidad de naturaleza estatal y se dictan otras disposiciones.

Señor Secretario General:

De conformidad con la designación hecha por la honorable Mesa Directiva de la Comisión Tercera Constitucional Permanente del Senado de la República, y según lo establecido en el artículo 150 de la Ley 5ª de 1992, de manera atenta someto a consideración de la honorable Comisión, el presente informe de ponencia para primer debate al **Proyecto de ley número 104 de 2017 Senado, por medio de la cual se regula el uso adecuado y eficiente de recursos públicos destinados a publicidad de naturaleza estatal y se dictan otras disposiciones**, en los siguientes términos:

I. ANTECEDENTES Y TRÁMITE DE LA INICIATIVA

La iniciativa fue presentada al Congreso de la República por el Senador Iván Duque Márquez, correspondiéndole el número 104 de 2017 Senado, y por la materia sobre la que versa la iniciativa

fue remitida a la honorable Comisión Tercera Constitucional Permanente de dicha Corporación.

II. OBJETO DEL PROYECTO

La iniciativa legislativa presentada tiene por objeto dar un sustento jurídico y presupuestal a un tema de actualidad nacional como es el gasto público, especialmente en aquello que guarda relación con la contratación, gasto y uso de la publicidad de naturaleza estatal, utilizando como principio orientador el principio de eficiencia.

Lo anterior considerando las realidades presupuestales y fiscales que afronta nuestro país de cara al periodo 2018, y en razón a que esto reviste un tema de total interés de la nación colombiana ante los recientes escándalos en cuanto al gasto en publicidad, la participación de terceros y empresas privadas en la contratación de publicidad de naturaleza estatal, y el aumento de dichos gastos, lo que genera una presión fiscal y obliga a una reglamentación de naturaleza presupuestal a este respecto, consideramos que es una necesidad imperiosa que ello se regule y reglamente adecuadamente.

1. CONTENIDO DE LA INICIATIVA

El Proyecto de ley, además del título, cuenta con catorce (14) artículos, entre ellos el de vigencia.

El artículo 1º: Determina el objeto de la ley.

El artículo 2º: Define y delimita el concepto de publicidad estatal.

El artículo 3º: Establece y define los principios por los que se regirá la ley.

El artículo 4º: Determina la finalidad que debe tener la publicidad de naturaleza estatal.

El artículo 5º: Define el ámbito de aplicación de la ley.

El artículo 6º: Determina el control y vigilancia sobre los rubros de publicidad.

El artículo 7º: Regula la publicidad en tiempos de elecciones.

El artículo 8º: Establece un informe semestral sobre la contratación, gasto y uso de la publicidad.

El artículo 9º: Define las prohibiciones en materia de publicidad estatal.

El artículo 10: Establece como mecanismo general de contratación el de selección objetiva.

El artículo 11: Establece mecanismos de equilibrio presupuestal en materia de publicidad estatal.

El artículo 12: Versa sobre el principio de moralidad.

El artículo 13: Determina prelación en contratación de publicidad estatal.

El artículo 14: Trata sobre la vigencia de la ley.

2. CONSIDERACIONES ACERCA DEL OBJETO Y MATERIA DEL PROYECTO

2.1. EL GASTO PÚBLICO EN MATERIA DE PUBLICIDAD DE NATURALEZA ESTATAL

Según un informe elaborado por la Contraloría General de la República (CGR) titulado *Informe de Contratación en Publicidad (2012-2014)*¹, el Estado colombiano gastó en publicidad y eventos \$2.312.933.351.571, destacándose el ritmo de gasto durante el periodo comprendido entre julio de 2013 y enero de 2014, que fue de \$1.188 billones:

julio 2013 – enero 2014

	MONTO 2012	MONTO 2013	MONTO 2014
Eventos	\$449.672.131.244	\$64.424.351.393	\$686.198.664.076
Publicidad	\$497.314.055.873	\$112.785.722.920	\$502.538.426.065
TOTAL	\$946.986.187.117	\$177.210.074.313	\$1.188.737.090.141

A más de las elevadas cifras recogidas por la CGR en su informe sobre gasto en publicidad, la gran mayoría de estos gastos se hicieron mediante la modalidad de contratación directa, lo que, por los valores de los contratos y la selección de los contratistas, supone un contrasentido al espíritu de la Ley 80 de 1993 y la jurisprudencia del contencioso administrativo sobre la materia.²

Adicionalmente es preciso definir qué clase de publicidad estatal se está contratando y con qué fines. Para nadie es un secreto la necesidad que existe en materia de acceso a la información, especialmente en relación con aquellas situaciones que generan impactos en la población, lo que, en un Estado Social de Derecho, supone la obligación de garantizar ciertos servicios, visibilizar los derechos y cumplir con los fines del Estado a través de planes y programas.

Todo ello conlleva la necesidad de que el principio de publicidad, se verifique a través de la posibilidad real de informar a los asociados sobre los proyectos y planes del gobierno que redunden en su beneficio.

Si bien la anterior afirmación parte del principio de que el gobierno -como encarnación del Estado- procura el interés general y prevé dar uso a la información oficial con el único ánimo de poner en conocimiento de los asociados planes y proyectos que merecen su conocimiento, no es menos cierto que el acceso masivo a medios de comunicación e información, así como un presupuesto robusto previsto para dichos rubros, no suponga la tentación de autopromoción y

difusión de gestión, lo que, en época de elecciones, debe ser estrictamente vigilado por la organización electoral y los organismos de control fiscal, penal y disciplinario.

Es en ese orden de ideas que este Proyecto de Ley procura su esencial sentido de proveer de un marco jurídico preciso en relación con el uso y acceso a la publicidad de naturaleza estatal, basándose en criterios de necesidad, inmediatez, eficacia, eficiencia y austeridad.

En relación con el Informe de la CGR, se pudo evidenciar que 7.8 de cada 10 contratos celebrados en materia de publicidad oficial fueron por la modalidad de *contratación directa*.³

Ello arrojó que, por ejemplo, en un periodo de siete meses el Estado haya realizado contrataciones directas por valor de \$1.188 billones.⁴

Si bien los montos gastados en “publicidad y eventos” llamaron la atención de la CGR, y hoy son objeto de debate nacional con ocasión de la aprobación del monto del Presupuesto General de la Nación en el Congreso de la República, es pertinente preguntarse qué tipos de publicidad son utilizados y su necesidad.

A este respecto vale la pena aclarar que, la publicidad oficial puede ser i) informativa y/o ii) pedagógica.⁵ La primera muestra la gestión que se realiza y, la segunda, informa al ciudadano como acceder a programas, planes, bienes y servicios.

El Informe elaborado por la CGR en materia de gastos en publicidad arroja como conclusiones y factores de riesgo en materia de control fiscal las siguientes situaciones:

“[...] 1. SUMINISTRO DE INFORMACIÓN. No existe una única fuente que genere seguridad en la información. Las bases de datos que sirven de insumo para analizar los registros difieren en sus montos, objetos e identificación del contratista. La vulnerabilidad en este punto constituye el punto de partida de mayor riesgo en la transparencia de la gestión del Estado. De establecerse un patrón único y seguro se evitaría que la información que se remite a los entes de control sea incorrecta y de baja calidad.

2. CONCENTRACIÓN DE CONTRATISTAS. Esta constante se evidencia no solamente en la concentración de la contratación del Estado en general sino en la concentración de la contratación de publicidad en particular. De manera repetitiva surgen contratistas con objetos similares y en ocasiones con objetos que distan sustancialmente del eje principal de sus negocios. De igual forma se repiten los contratistas en las uniones temporales.

¹ Disponible en: <http://www.contraloriagen.gov.co/documentos/10136/78918891/Presentacion-Informe-Ejecutivo-PUBLICIDAD-7-0.pdf/929c39c9-a116-4769-ab09-5cd3edbd680d>

² Consejo de Estado, Fallo 17767 del 31 de enero de 2011, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Consejera Ponente: OLGA MELIDA VALLE DE LA HOZ.

³ Artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

⁴ Solamente \$235.912.768.304 fueron contratados por la modalidad de licitación, concurso u otros.

⁵ Según el Informe de la CGR (ene – dic 2012 y ene – mar 2013) el 92% de la publicidad contratada fue informativa, el 7% fue pedagógica y el 1% informativa y pedagógica.

3. **PUBLICIDAD Y MANEJO DE IMAGEN.** *La línea divisoria que debería existir entre el manejo de la imagen y la publicidad es cada vez más endeble, toda vez que en repetidas ocasiones se vislumbra que acudiendo a la figura del manejo de la imagen, lo que en el fondo se está contratando es simple y llanamente publicidad.*

4. **ECONOMÍA DE ESCALA.** *De manera repetitiva se encuentran [sic] los mismos contratistas en los primeros lugares de las diferentes entidades del estado, ya sea por valor o número de contratos. Si el Estado revisa las condiciones económicas para realizar una única contratación con el mismo contratista, lograría beneficios de carácter económico.*

5. **CARENCIA DE CLARIDAD NORMATIVA.** *La normatividad que rige la publicidad en nuestro país, no limita expresamente ni un mínimo ni un máximo en lo que a dineros públicos se refiere, a saber: El artículo 10 del Decreto número 1474 del 2011, establecía un tope del 30% a los presupuestos para publicidad o difusión de campañas institucionales (Las entidades del orden nacional y territorial que tengan autorizados en sus presupuestos rubros para publicidad o difusión de campañas institucionales, deberán reducirlos en un treinta por ciento (30%) en el presente año, tomando como base para la reducción el monto inicial del presupuesto o apropiación presupuestal para publicidad o campaña. Una vez surtida la reducción anterior, en los años siguientes el rubro correspondiente solo se podrá incrementar con base en el Índice de Precios al Consumidor). El artículo 50 de la Ley 1551 del 2012, derogó el artículo que establecía el tope del 30% (artículo 50. Vigencia de la ley. Esta ley rige a partir de su publicación y deroga las disposiciones que le sean contrarias, en especial el parágrafo 1° del artículo 10 de la Ley 1474 de 2011. Parágrafo 1°. Derogado por el artículo 50, Ley 1551 de 2012. Las entidades del orden nacional y territorial que tengan autorizados en sus presupuestos rubros para publicidad o difusión de campañas institucionales, deberán reducirlos en un treinta por ciento (30%) en el presente año, tomando como base para la reducción el monto inicial del presupuesto o apropiación presupuestal para publicidad o campaña. Una vez surtida la reducción anterior, en los años siguientes el rubro correspondiente solo se podrá incrementar con base en el Índice de Precios al Consumidor). En conclusión, para efectos de la inversión del erario público en publicidad No existe límite alguno, salvo los principios de austeridad en el gasto público.*

6. **PEDAGÓGICO vs INFORMATIVO.** *Para efectos de la revisión efectuada tanto al tema de Publicidad como de Eventos, no se especifica de manera clara el objetivo del objeto contractual, de esta manera, lo que se contrata con un interés meramente pedagógico, en una*

segunda revisión se trataría de publicidad informativa. De especificarse de manera expresa su contenido, se podría reducir este importante riesgo. Lo que se pretende en este punto es lograr delimitar en lo posible el marco conceptual tanto de lo informativo como de lo pedagógico, y de esta manera evitar que la interpretación de lo uno o de lo otro se maneje de manera subjetiva por parte del ente estatal.

7. **INDEPENDENCIA DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN.** *Acudiendo de una parte a los principios éticos sobre el manejo de la información publicitaria del sector público y de otra, a la importante inversión sin límite alguno de la podrían beneficiarse los medios de comunicación encargados de efectuar la difusión de los mismos, debería establecerse para este tema en particular un estatuto que rija esta materia de manera directa. En otras palabras, el contratante (estado) y el contratista (medio de comunicación), podrían comprometer la objetividad de la información como consecuencia de una inversión publicitaria que no establece parámetros claros legales para su funcionalidad.*

8. **PUBLICIDAD EN ASCENSO.** *De acuerdo con el comportamiento histórico del gasto trimestral, es sabido que el primer trimestre de cada vigencia fiscal es inferior a los subsiguientes; no obstante para el año 2013 desde ahora se puede pronosticar que el gasto en publicidad refleja casi el 25% del presupuesto de la vigencia anterior, de lo cual se puede predecir que el gasto total de publicidad para el año 2013 será superior al año 2012. Comparativamente en el primer trimestre de 2012 se contrató un poco menos de 80.000 millones, para este año la suma superaba los 112.000 millones (28% de crecimiento). [...]”⁶ (Subrayado y negrilla fuera de texto).*

La necesidad real de establecer un marco jurídico aplicable a los límites que deben existir en materia de gasto público en publicidad de naturaleza estatal, no deviene de las coyunturas de campañas políticas, ni puede fundarse en el argumento vencido/vencedor, sino que responde a la necesidad real, que como anota la CGR, existe de darle un sentido de eficiencia y eficacia la gasto público.

En Cartagena, por ejemplo, la ciudad ha avanzado con la implementación de normas expedidas en 2008 que crearon un comité oficial y establecieron una serie de criterios para la contratación de la publicidad oficial. A nivel departamental, el 6 de abril de 2009, el gobierno de Caldas dictó el Decreto número 0020 por medio del cual se establecieron mecanismos para

⁶ Disponible en: <http://www.contraloriagen.gov.co/documentos/10136/78918891/Presentacion-Informe-Ejecutivo-PUBLICIDAD-7-0.pdf/929c39c9-a116-4769-ab09-5cd3edbd680d>

la contratación de espacios de publicidad a cargo de las entidades centralizadas y descentralizadas del nivel departamental, y se creó un comité asesor de publicidad.⁷

El 10 de mayo de 2014 el Presidente de la República se comprometió a reducir el gasto en publicidad estatal. Prometió bajarla en 40%, lo mismo los gastos de viaje y viáticos en 15%, el gasto de celulares y papelería en 10%, a la vez que los gastos en vehículos, gasolina, esquemas de seguridad y escoltas.

El hecho de que la publicidad haya sido el área de la contratación estatal que el presidente se comprometió a reducir no es gratuito. Durante su primer cuatrienio, la publicidad contratada por el Estado fue millonaria y según una evaluación de los organismos de control, pudo haber supuesto un gasto excesivo.

Sin embargo, en las discusiones de la Ley General del Presupuesto durante los periodos 2015, 2016, 2017, y ahora en el anteproyecto 2018, la situación sigue siendo igual que la anterior.

Situaciones como la participación de compañías nacionales e internacionales investigadas y sancionadas por corrupción y constreñimiento electoral, y que estas empresas cuestionadas sean las destinatarias de grandes contratos estatales para la organización de eventos y los gastos desmedidos en publicidad llaman la atención ante la situación económica general en nuestro país.

A guisa de ejemplo cabe notar que en el 2012 el Estado gastó en eventos y publicidad \$946.000 millones (\$55.000 millones correspondieron a la Cumbre de las Américas), y en el 2013 \$177.210 millones, entre julio del 2013 y enero del 2014, el gasto fue de \$1,1 billones: \$686.000 millones en eventos y \$502.538 en publicidad.

Para la Contraloría General de la República llama poderosamente la atención que en época preelectoral, y en solo siete meses, se igualarán los montos de publicidad entre el 2012 y el primer trimestre de 2013.

Más sorprendente aún fue el descubrimiento que hizo la Contraloría de que en esa época preelectoral el 91 % de los contratos fue para publicidad informativa y solo el 9 % para publicidad pedagógica. La publicidad informativa corresponde a mostrar la gestión realizada, mientras que la pedagógica es el tipo de información necesaria e indispensable para el ciudadano, para acceder a los bienes y servicios públicos ofrecidos por las entidades. Esto significa que las entidades adscritas al Gobierno invirtieron, en plena época

preelectoral, \$456.939 millones para publicitar su gestión.

Desde el 2014 el Gobierno Nacional (principal contratante de publicidad) se comprometió a ahorrar \$1 Billón por este rubro, no obstante lo anterior, vemos cómo el gasto se mantiene, en contraposición a las necesidades del país.

2.2. EJEMPLOS DE REGULACIONES SIMILARES EN EL DERECHO COMPARADO

Con miras a dar mayor claridad sobre el tema, es preciso hacer referencia a otros ejercicios jurídicos desarrollados en Estados con sistemas legales similares al nuestro para, en un adecuado contexto, reiterar la necesidad y pertinencia de una norma en este sentido.

Adicionalmente, el Derecho Internacional, por lo menos desde la perspectiva del derecho flexible, se ha referido al tema, por lo que tomaremos los pronunciamientos de Organizaciones Internacionales respecto a esta materia.

PERÚ

La República del Perú cuenta con una ley en materia de regulación de publicidad oficial. Esta norma prevé en su objeto:

“[...]

- a) Establecer los criterios generales para el uso de los recursos que las instancias del Gobierno nacional, gobierno regional y gobierno local, destinarán al rubro de publicidad, en prensa escrita, radio y televisión, y
- b) *Fiscalizar la transparencia y racionalidad en el uso de los recursos públicos para la contratación de servicios de publicidad en prensa escrita, radio y televisión. [...]*⁸.

Dentro del contenido de la norma se prevé un régimen jurídico que comprende el ámbito de aplicación (artículo 2°), unos requisitos para contratar publicidad oficial (artículo 3°), unos criterios generales que limitan el gasto en campañas de difusión, información y promoción; y de austeridad y racionalidad en el gasto público (artículo 4°), la prohibición expresa de erogar recursos a favor de cualquier funcionario o candidato de elección popular, así como la prohibición de privilegiar prestadores privados (artículo 5°), el principio de publicidad y transparencia que debe existir en cuanto la publicación de los contratos y sus montos (artículo 6°), la preferencia que se debe dar a los medios de comunicación y difusión oficiales (artículo 7°) y, un régimen sancionatorio (artículo 8°).

Este instrumento recoge en esencia las advertencias hechas por la CGR para el caso colombiano, por lo que supone no solo un interesante caso de estudio, sino una importante

⁷ CIDH, *Informe Anual 2003*. OEA/ Ser. L/ V/ II.118. Doc. 70, 29 de diciembre de 2003. Volumen III: *Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*, Capítulo V (*Violaciones Indirectas de la Libertad de Expresión: Asignación Discriminatoria de Publicidad Oficial*).

⁸ Ley 28874, 14 de agosto de 2006, Congreso de la República del Perú.

fuente de derecho comparado respecto al Proyecto que se propone.

ESPAÑA

En el Reino de España, la Ley 29 de Publicidad y Comunicación Institucional⁹, sancionada el 29 de diciembre de 2005, establece un marco jurídico que define los objetivos de la pauta oficial; establece que esta no puede ser utilizada para la autopromoción, en el sentido de que no puede “destacar los logros de gestión” y la prohíbe durante períodos electorales.

En el ámbito regional similares Proyectos de Ley se han presentado a consideración de los congresos de Panamá¹⁰, Uruguay¹¹ y Chile¹², los que se encuentran aún en trámite legislativo.

SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

En el documento titulado *Principios sobre Regulación de la Publicidad Oficial* (2011), elaborado por la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)¹³, se evidenció lo siguiente:

El artículo 13.3 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* se refiere, específicamente, a estos mecanismos indirectos que tienden a “impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”. En efecto, dicho artículo establece:

“[...] No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. [...]”.

Ahora bien, en relación con las situaciones que se evidencian en Colombia y que han servido como hecho social que fundamenta la necesidad de una legislación sobre esta materia, se evidencia que el presupuesto amplio del que goza la Administración para pautar en publicidad y así influir en contenidos editoriales, opiniones, y otros, han sido objeto de especial interés, no solo

por parte de la CIDH, sino de otras organizaciones como la OCDE y la ONU.

Fue así como los Relatores Especiales de dichos organismos en su Declaración Conjunta de 2002 afirmaron que, “los gobiernos y los órganos públicos nunca deben abusar de su custodia de las finanzas públicas para tratar de influir en el contenido de la información de los medios de prensa; el anuncio de publicidad debe basarse en razones de mercado”.

Si bien el tema de la regulación de los medios de comunicación y los requisitos que se deben cumplir para no vulnerar la libertad de expresión no han sido objeto de un pronunciamiento expreso de parte de los organismos del sistema interamericano hasta la fecha, la Declaración Conjunta de 2003 de los relatores para la libertad de expresión de la ONU, la OEA y la OCDE abordó expresamente este tema condenando “los intentos de algunos gobiernos de limitar la libertad de expresión y de controlar a los medios de comunicación y/o a los periodistas a través de mecanismos regulatorios carentes de independencia o que, de cualquier manera, representan una amenaza a la libertad de expresión”.

La distribución arbitraria y discriminatoria de la publicidad oficial fue uno de los primeros mecanismos de censura indirecta abordados por el sistema interamericano. En efecto, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión en su Informe Anual 2003 dedicó un capítulo especial a estudiar el fenómeno y concluyó que “la obstrucción indirecta a través de la publicidad estatal actúa como un fuerte disuasivo de la libertad de expresión”¹⁴.

Según indicó en ese momento la Relatoría Especial:

“[...] este tema merece especial atención en las Américas, donde la concentración de los medios de comunicación ha fomentado, históricamente, el abuso de poder por parte de los gobernantes en la canalización del dinero destinado a la publicidad”¹⁵. [...]”.

De acuerdo con la Relatoría Especial de la CIDH, la distribución arbitraria de publicidad oficial, como otros mecanismos de censura indirecta, opera sobre distintos tipos de necesidades que los medios de comunicación tienen para funcionar e intereses que pueden afectarlos. Es una forma

⁹ Disponible en <http://www.boe.es/boe/dias/2005/12/30/pdfs/A42902-42905.pdf>.

¹⁰ Disponible en http://www.asamblea.gob.pa/apps/seg_legis/PDF_SEG/PDF_SEG_2010/PDF_SEG_2013/ANTEPROYECTO/2013_A_068.pdf

¹¹ Disponible en <http://www.parlamento.gub.uy/indexdb/Repartidos/ListarRepartido.asp?Id=5724>

¹² Disponible en: http://www.senado.cl/cgi-bin/prontus_search.cgi?search_prontus=prontus_senado&search_idx=ALL&search_tmp=search.html&search_mod=and&search_orden=cro&search_resxpag=10&search_maxpag=20&search_form=yes&search_texto=avisaje

¹³ Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/temas/publicidad.asp>

¹⁴ CIDH. *Informe Anual 2003*, OEA/ Ser. L/ V/ II.118. Doc. 70, 29 de diciembre de 2003. Volumen III: *Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*, Capítulo V (*Violaciones Indirectas de la Libertad de Expresión: Asignación Discriminatoria de Publicidad Oficial*), párr. 13.

¹⁵ CIDH. *Informe Anual 2003*, OEA/ Ser. L/ V/ II.118. Doc. 70, 29 de diciembre de 2003 Volumen III: *Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*, Capítulo V (*Violaciones Indirectas de la Libertad de Expresión: Asignación Discriminatoria de Publicidad Oficial*), párr. 2.

de presión que actúa como premio o castigo que tiene por objeto condicionar la línea editorial de un medio según la voluntad de quien ejerce la presión.

Como corolario de lo anterior, la Relatoría en el Informe (2011) señaló:

“[...] Los mecanismos de censura indirecta suelen esconderse detrás del aparente ejercicio legítimo de facultades estatales, muchas de las cuales se ejercen por los funcionarios en forma discrecional. En consecuencia, estas formas de censura indirecta son particularmente difíciles de detectar, ya que no es fácil determinar con exactitud la línea que separa al ejercicio legítimo de una facultad de la restricción ilegítima de un derecho.

Desde este punto de vista, una facultad legítima del Estado puede configurar una violación del derecho a la libertad de expresión si (a) el ejercicio de la facultad estuvo motivado en la posición editorial del sujeto afectado y (b) el ejercicio tuvo por objeto condicionar el libre ejercicio del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. En el caso de la distribución de la publicidad oficial, se configura un caso de censura indirecta cuando la misma es realizada con fines discriminatorios de acuerdo a la posición editorial del medio incluido o excluido en ese reparto y con el objeto de condicionar su posición editorial o línea informativa. [...]”¹⁶.

Un caso de especial relevancia es el de *Editorial Río Negro c. Provincia de Neuquén*, en donde la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina dictaminó lo siguiente:

“[...] La ausencia de marcos regulatorios adecuados ha generado que la distribución arbitraria de publicidad oficial resulte cuestionada en varios países ante las autoridades judiciales. Como ya fue mencionado, uno de los principales antecedentes a nivel local es el caso Editorial Río Negro S.A. c. Provincia de Neuquén, decidido por la Corte Suprema de Justicia de Argentina en septiembre de 2007. Dicho caso trataba sobre una demanda iniciada por el diario Río Negro contra la Provincia de Neuquén, cuyo gobierno había suspendido la pauta oficial en dicho medio de comunicación como consecuencia de una denuncia de corrupción que había publicado el periódico. En dicha oportunidad, la Corte Suprema entendió que si el Estado decide distribuir publicidad oficial, debe hacerlo con base en dos criterios constitucionales:

“1. [N]o puede manipular la publicidad, dándola y retirándola a algunos medios [con base en] criterios discriminatorios; 2. no puede

utilizar la publicidad como un modo indirecto de afectar la libertad de expresión [...]”¹⁷.

El Tribunal de Justicia argentino recogió lo señalado por el Informe Anual 2003 de la Relatoría Especial de la CIDH y, consideró que *“el Estado no puede asignar los recursos por publicidad de manera arbitraria, con base en criterios irrazonables¹⁸”,* asimismo estimó que esa distribución arbitraria *“configura un supuesto de presión que lejos de preservar la integridad del debate público lo puso en riesgo, afectando injustificadamente, de un modo indirecto, la libertad de prensa y el legítimo interés que el diario ‘Río Negro’ y sus lectores tienen en el comportamiento de los funcionarios políticos de dicha provincia en el ejercicio de sus funciones”¹⁹.*

Especial relevancia merece el criterio expuesto en relación con aquellos medios de oposición o que no comparten las líneas, mensajes y/o políticas del gobierno de turno, lo que, a través del ejercicio del poder exorbitante del Estado en materia de presupuesto para publicidad, no puede suponer una discriminación negativa y por ende una censura indirecta.

A este respecto la justicia argentina señaló:

“[...] El criterio expresado por la Corte Suprema de Argentina en el caso Río Negro fue replicado por la Sala IV de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal de Argentina, que resolvió un reclamo de Editorial Perfil en contra del Estado Nacional por haber sido excluida del reparto de pauta oficial como consecuencia de su postura crítica. En esa oportunidad, los jueces de la Sala IV sostuvieron que “[e]l gobierno debe evitar las acciones que intencional o exclusivamente estén orientadas a limitar el ejercicio de la libertad de prensa y también aquellas que llegan indirectamente a ese resultado. Es decir, basta con que la acción gubernamental tenga ese objetivo para que se configure un supuesto de afectación de dicha libertad. Es por ello, que no resulta necesario la asfixia económica o quiebre del diario”²⁰.

¹⁷ Corte Suprema de Justicia de Argentina, *caso Río Negro*, decisión del 5 de septiembre de 2007, considerando 11.e.

¹⁸ Corte Suprema de Justicia de Argentina, *caso Río Negro*, decisión del 5 de septiembre de 2007, considerando 4.

¹⁹ Corte Suprema de Justicia de Argentina, *caso Río Negro*, decisión del 5 de septiembre de 2007, considerando 9.

²⁰ Sala IV de la Cámara de lo Contencioso Administrativo Federal. 10 de febrero de 2009. Causa No. 18.639/2006: *Editorial Perfil S.A. y otro contra EN – Jefatura Gabinete de Ministros – SMC sobre amparo ley 16-986*, considerando 11; Asociación por los Derechos Civiles. 11 de febrero de 2009. *Caso Perfil: un fallo en contra de la censura indirecta*. Disponible en: http://www.adc.org.ar/sw_contenido.php?id=513; Comité para la Protección de los Periodistas. 19 de febrero de 2009. *Argentine court orders official ads into critical publications*. Disponible en: <http://cpj.org/2009/02/argentine-court-orders-official-ads-into-critical.php>; Sociedad Interamericana de Prensa. 12 de febrero de 2009. *Satisface a la SIP fallo en*

¹⁶ Página 7 Principios sobre Regulación de la Publicidad Oficial y Libertad de Expresión, OEA/Ser.L/V/II.CIDH/RELE/INF. 6/12, 7 de marzo de 2001, disponible en: www.oas.org

Estos casos fueron precedidos por detallados estudios que documentaron, a través de pedidos de acceso a la información pública, los mecanismos de distribución de la publicidad oficial²¹. Este tipo de investigaciones son de vital importancia para identificar las deficiencias de la regulación o las asignaciones arbitrarias de los Estados tendientes a influir, de manera indirecta, en el contenido de los medios. [...]”.

A guisa de conclusión es pertinente advertir lo que la Relatoría Especial de la CIDH ha definido como criterios necesarios para garantizar la libertad de expresión y regular el gasto oficial de publicidad, en aras de no incurrir en la censura indirecta.

Para ello el organismo regional ha señalado:

1. La necesidad de establecer leyes especiales, claras y precisas.
2. Definir objetivos legítimos de la publicidad oficial.
3. Establecer unos criterios de distribución de la pauta estatal.
4. Una adecuada planeación.
5. Establecer mecanismos claros de contratación.
6. Garantizar la transparencia y acceso a la información.
7. Definir un control externo para la asignación publicitaria.
8. Garantizar un pluralismo informativo y publicidad oficial.

2.3. EL GASTO PÚBLICO EN MATERIA DE PUBLICIDAD DE NATURALEZA ESTATAL EN EL DERECHO COLOMBIANO

A) LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

La publicidad estatal debe guardar estricto equilibrio con el derecho a la libre expresión, es así como el artículo 20 constitucional, aun cuando no se refiere a la publicidad en específico, sí hace claridad sobre la libertad de expresión y el acceso a información, es así como dispone:

“[...] Artículo 20. Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación.

Argentina sobre publicidad oficial. Disponible en: http://www.sipiapa.org/v4/index.php?page=cont_comunicados&seccion=detalles&id=4136&idioma=sp

²¹ Ver *Una Censura Sutil. Abuso de la publicidad oficial y otras restricciones a la libertad de expresión en Argentina*. Asociación por los Derechos Civiles / Open Society Justice Initiative. Buenos Aires: Porter y Cía., 2005 y *El Precio del Silencio. Abuso de publicidad y otras formas de censura indirecta en América Latina*. Asociación por los Derechos Civiles / Open Society Justice Initiative. Buenos Aires: Porter y Cía., Colección Reformas Legales, 2008.

Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura. [...]”.

Esta situación se ve complementada también, desde la perspectiva constitucional, por la posibilidad democrática de acceder a la participación política y el papel fundamental que juegan los movimientos, partidos y asociaciones que, de cara a la contienda electoral, buscan publicitar sus postulados, ideologías y planes, en igualdad de condiciones que lo hace la Administración, especialmente cuando esta ostenta la doble condición de ser actora (Ej. Reección) y participe (Ej. Ministerios que ejercen controles).

En tal sentido, la Carta Política dispone en el artículo 103:

“[...] Son mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía: el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato. La ley los reglamentará.

El Estado contribuirá a la organización, promoción y capacitación de las asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales, sin detrimento de su autonomía con el objeto de que constituyan mecanismos democráticos de representación en las diferentes instancias de participación, concertación, control y vigilancia de la gestión pública que se establezcan. [...]”.

El acceso democrático deviene del solo derecho a la participación, libre elección, postulación, entre otros derechos de orden constitucional. Desde la perspectiva moderna el acceso a los medios de comunicación y difusión son necesarios en aras de la equidad e igualdad de condiciones, es por ello que, el derecho debe venir acompañado de la libertad de disposición, en el sentido de que el solo hecho fundacional de un partido debe venir aparejado por la posibilidad de difundir sus ideas y postulados, por lo que, no puede ser solo el partido de gobierno aquel que detente tal derecho, sino que, en aras de la equidad y objetividad, todos los movimientos y partidos legalmente reconocidos y constituidos tengan acceso a tales garantías, especialmente en aras de la publicidad y visibilización.

En este sentido el artículo 107 de la Carta Política señala:

“[...] Se garantiza a todos los ciudadanos el derecho a fundar, organizar y desarrollar partidos y movimientos políticos, y la libertad de afiliarse a ellos o de retirarse.

En ningún caso se permitirá a los ciudadanos pertenecer simultáneamente a más de un partido o movimiento político con personería jurídica.

Los Partidos y Movimientos Políticos se organizarán democráticamente y tendrán como

principios rectores la transparencia, objetividad, moralidad, la equidad de género, y el deber de presentar y divulgar sus programas políticos.

Para la toma de sus decisiones o la escogencia de sus candidatos propios o por coalición, podrán celebrar consultas populares o internas o interpartidistas que coincidan o no con las elecciones a Corporaciones Públicas, de acuerdo con lo previsto en sus Estatutos y en la ley.

En el caso de las consultas populares se aplicarán las normas sobre financiación y publicidad de campañas y acceso a los medios de comunicación del Estado, que rigen para las elecciones ordinarias. Quien participe en las consultas de un partido o movimiento político o en consultas interpartidistas, no podrá inscribirse por otro en el mismo proceso electoral. El resultado de las consultas será obligatorio.

Los directivos de los Partidos y Movimientos Políticos deberán propiciar procesos de democratización interna y el fortalecimiento del régimen de bancadas.

Los Partidos y Movimientos Políticos deberán responder por toda violación o contravención a las normas que rigen su organización, funcionamiento o financiación, así como también por avalar candidatos elegidos en cargos o Corporaciones Públicas de elección popular, quienes hayan sido o fueren condenados durante el ejercicio del cargo al cual se avaló mediante sentencia ejecutoriada en Colombia o en el exterior por delitos relacionados con la vinculación a grupos armados ilegales y actividades del narcotráfico o de delitos contra los mecanismos de participación democrática o de lesa humanidad.

Los partidos o movimientos políticos también responderán por avalar a candidatos no elegidos para cargos o Corporaciones Públicas de Elección Popular, si estos hubieran sido o fueren condenados durante el periodo del cargo público al cual se candidatizó, mediante sentencia ejecutoriada en Colombia o en el exterior por delitos relacionados con la vinculación a grupos armados ilegales y actividades del narcotráfico, cometidos con anterioridad a la expedición del aval correspondiente.

Las sanciones podrán consistir en multas, devolución de los recursos públicos percibidos mediante el sistema de reposición de votos, hasta la cancelación de la personería jurídica. Cuando se trate de estas condenas a quienes fueron electos para cargos uninominales, el partido o movimiento que avaló al condenado, no podrá presentar candidatos para las siguientes elecciones en esa Circunscripción. Si faltan menos de 18 meses para las siguientes elecciones, no podrán presentar terna, caso en el cual, el nominador podrá libremente designar el reemplazo.

Los directivos de los partidos a quienes se demuestre que no han procedido con el debido cuidado y diligencia en el ejercicio de los derechos

y obligaciones que les confiere Personería Jurídica también estarán sujetos a las sanciones que determine la ley.

También se garantiza a las organizaciones sociales el derecho a manifestarse y a participar en eventos políticos.

Quien siendo miembro de una corporación pública decida presentarse a la siguiente elección, por un partido distinto, deberá renunciar a la curul al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones. [...]”.

Como corolario de lo anterior, también vale la pena mencionar los artículos 108 y 109 Constitucionales.

El artículo 109 Constitucional dispuso que:

“[...] El Estado concurrirá a la financiación política y electoral de los Partidos y Movimientos Políticos con personería jurídica, de conformidad con la ley.

Las campañas electorales que adelanten los candidatos avalados por partidos y movimientos con Personería Jurídica o por grupos significativos de ciudadanos, serán financiadas parcialmente con recursos estatales.

La ley determinará el porcentaje de votación necesario para tener derecho a dicha financiación.

También se podrá limitar el monto de los gastos que los partidos, movimientos, grupos significativos de ciudadanos o candidatos puedan realizar en las campañas electorales, así como la máxima cuantía de las contribuciones privadas, de acuerdo con la ley.

Un porcentaje de esta financiación se entregará a partidos y movimientos con Personería Jurídica vigente, y a los grupos significativos de ciudadanos que avalen candidatos, previamente a la elección, o las consultas de acuerdo con las condiciones y garantías que determine la ley y con autorización del Consejo Nacional Electoral.

Las campañas para elegir Presidente de la República dispondrán de acceso a un máximo de espacios publicitarios y espacios institucionales de radio y televisión costeados por el Estado, para aquellos candidatos de partidos, movimientos y grupos significativos de ciudadanos cuya postulación cumpla los requisitos de seriedad que, para el efecto, determine la ley.

Para las elecciones que se celebren a partir de la vigencia del presente acto legislativo, la violación de los topes máximos de financiación de las campañas, debidamente comprobada, será sancionada con la pérdida de investidura o del cargo. La ley reglamentará los demás efectos por la violación de este precepto.

Los partidos, movimientos, grupos significativos de ciudadanos y candidatos deberán rendir públicamente cuentas sobre el volumen, origen y destino de sus ingresos.

Es prohibido a los Partidos y Movimientos Políticos y a grupos significativos de ciudadanos, recibir financiación para campañas electorales, de personas naturales o jurídicas extranjeras. Ningún tipo de financiación privada podrá tener fines antidemocráticos o atentatorios del orden público.

Parágrafo. La financiación anual de los Partidos y Movimientos Políticos con Personería Jurídica ascenderá como mínimo a dos punto siete (2.7) veces la aportada en el año 2003, manteniendo su valor en el tiempo.

La cuantía de la financiación de las campañas de los Partidos y Movimientos Políticos con Personería Jurídica será por lo menos tres veces la aportada en el período 1999-2002 en pesos constantes de 2003. Ello incluye el costo del transporte del día de elecciones y el costo de las franquicias de correo hoy financiadas.

Las consultas de los partidos y movimientos que opten por este mecanismo recibirán financiación mediante el sistema de reposición por votos depositados, manteniendo para ello el valor en pesos constantes vigente en el momento de aprobación de este Acto Legislativo.

Parágrafo transitorio. El Gobierno nacional o los miembros del Congreso presentarán, antes del 1° de agosto de 2009, un proyecto de ley estatutaria que desarrolle este artículo.

El proyecto tendrá mensaje de urgencia y podrá ser objeto de mensaje de insistencia si fuere necesario. Se reducen a la mitad los términos para la revisión previa de exequibilidad del proyecto de ley estatutaria, por parte de la Corte Constitucional. [...]” (Subrayado fuera de texto).

Especial análisis merece lo previsto por el artículo 109, modificado por el artículo 3° del Acto Legislativo 01 de 2009. Al respecto vale la pena notar lo siguiente:

- El Estado como financiador político y electoral de los Partidos y Movimientos Políticos con personería jurídica, de conformidad con la ley.
- El artículo constitucional otorga la facultad reglamentaria al legislativo, el que deberá señalar el monto, porcentaje y proporción de dicha financiación.
- Ahora bien, amén de la norma constitucional y la modificación incluida por el Acto Legislativo 1 de 2003 en su artículo 3°, se limitan y reglamentan las cuantías, topes y montos de las campañas, así como se garantiza el derecho al acceso a medios de comunicación y difusión.
- Si la violación de dichas normas supone las sanciones disciplinarias y políticas para los candidatos, la igualdad ante la ley debe suponer el hecho de que la Administración también sea limitada en cuanto a su par-

ticipación, acceso y uso de los medios de comunicación y difusión.

De otra parte es pertinente recordar que, durante la vigencia de la reelección y/o la participación de candidatos provenientes del Gobierno o su partido, la necesidad de reglamentar el uso y acceso a la publicidad (oficial o contratada a través de particulares) y el adecuado equilibrio que debe existir en cuanto al acceso equilibrado y equitativo a medios de información y difusión, deben reposar sobre la base de aquello que supone un deber legal de acción como función administrativa del ejecutivo (Estado) y un hecho o acto político de campaña, como la publicitación de planes, programas, obras y otros.

Sobre este particular, el artículo 209 Constitucional dispone que:

“[...] La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley. [...]”.

B) RÉGIMEN JURÍDICO

La Ley 996 de 2005 “**por medio de la cual se reglamenta la elección de Presidente de la República, de conformidad con el artículo 152 literal f) de la Constitución Política de Colombia, y de acuerdo con lo establecido en el Acto Legislativo 02 de 2004, y se dictan otras disposiciones**”, tiene por objeto:

“[...] Artículo 1°. Objeto de la ley. La presente ley tiene como propósito definir el marco legal dentro del cual debe desarrollarse el debate electoral a la Presidencia de la República, o cuando el Presidente de la República en ejercicio aspire a la reelección, o el Vicepresidente de la República aspire a la elección presidencial, garantizando la igualdad de condiciones para los candidatos que reúnan los requisitos de ley. Igualmente se reglamenta la Participación en política de los servidores públicos y las garantías a la oposición. [...]” (Subrayado fuera de texto).

A su turno, el artículo 3° dispone:

“[...] Artículo 3°. Actividades de la campaña presidencial. Se entiende por actividades de campaña presidencial, la promoción política y la propaganda electoral a favor de un candidato a la Presidencia de la República. La promoción política hace referencia a la divulgación de la propuesta de gobierno o proyecto político del candidato. La propaganda electoral es el conjunto de actividades políticas realizadas con

la finalidad directa de convocar a los electores a votar en favor de un candidato. [...]” (Subrayado fuera de texto).

En relación con el acceso equitativo a medios de comunicación y difusión, lo que a su vez es garantía de transparencia en el gasto oficial en publicidad que debe hacer el Estado, la ley señala:

“[...] Artículo 22. Acceso equitativo a espacios en los medios de comunicación social que usan el espectro electromagnético. En el período comprendido entre los sesenta (60) días anteriores a la elección presidencial y ocho (8) días antes a la misma, el Estado hará uso Durante un (1) mes del Espectro Electromagnético destinado a los concesionarios y operadores privados de radio y televisión en un espacio diario de dos (2) minutos en televisión en horario “triple A” y cuatro (4) minutos diarios en radio en el horario de mayor audiencia, para que los candidatos divulguen sus tesis y programas de gobierno. El Consejo Nacional Electoral determinará por sorteo la distribución de estos espacios entre los distintos candidatos, durante los días hábiles de la semana. Estos programas se emitirán hasta ocho días antes de la fecha de votación.

Los costos de producción de estos programas, serán asumidos respectivamente por cada una de las campañas presidenciales.

Parágrafo. En el caso del servicio de televisión, la Comisión Nacional de Televisión reservará dichos espacios, previo concepto del Consejo Nacional Electoral. En el caso del servicio de radiodifusión, dicha reserva deberá ser hecha por el Ministerio de Comunicaciones, en los mismos términos. [...]”.

En cuanto al equilibrio informativo, el artículo 25 de la mencionada ley dispuso:

“[...] Artículo 25. Garantía de equilibrio informativo entre las campañas presidenciales. Los concesionarios y operadores privados de radio y televisión deberán garantizar el pluralismo, el equilibrio informativo y la veracidad en el manejo de la información sobre las campañas presidenciales y el proselitismo electoral. Para estos efectos, remitirán un informe semanal al Consejo Nacional Electoral de los tiempos o espacios que en dichas emisiones o publicaciones se les otorgaron a las actividades de campaña presidencial de cada candidato. El Consejo Nacional Electoral publicará dicha información y verificará que la presencia de los candidatos en dichas emisiones o publicaciones sea equitativa.

Si de estos informes el Consejo Nacional Electoral deduce que no se ha dado un trato equitativo en la información de las actividades políticas de los candidatos presidenciales, la entidad solicitará al respectivo medio de comunicación social que establezca el equilibrio informativo, y podrá acordar con el respectivo medio y la Comisión Nacional de Televisión, o el Ministerio de Comunicaciones, según sea el caso,

las medidas que se requieran dentro de las setenta y dos (72) horas siguientes.

Las campañas presidenciales suministrarán diariamente material audiovisual y escrito suficiente sobre las actividades políticas de sus candidatos a los medios de comunicación social, quienes seleccionarán libremente los aspectos que consideren valiosos para la información noticiosa. [...]” (Subrayado fuera de texto).

En relación con el equilibrio que debe reinar en las contiendas electorales, derivada de la transparencia en la publicidad y propaganda oficial y, la adecuada separación que debe existir entre los “actos de gobierno” y los “actos de campaña”, lo que, definitivamente permea el gasto en publicidad oficial del Estado, la Honorable Corte Constitucional en la Sentencia C-1153 de 2005 dispuso:

“[...] La figura de la reelección en el país marca un cambio en las reglas de juego del ejercicio del poder y la democracia. En primer lugar, desde el punto de vista de la dinámica del ejercicio del poder, la reelección implica contradicciones que saltan a la vista. La posibilidad de desempeñar, a un tiempo, los roles de Presidente de la República y candidato a la Presidencia engendra confusiones no siempre fáciles de resolver. La dicotomía la impone el hecho de que, en nuestro sistema de gobierno, el jefe del Ejecutivo es la máxima autoridad administrativa, es el jefe del Estado y el jefe de Gobierno, al tiempo que funge como máximo jefe de la Fuerza Pública, y esa múltiple condición lo compromete por excelencia con la promoción del interés general y la consecución del bien común; sin embargo, simultáneamente, el papel de candidato a la presidencia lo faculta jurídicamente para perseguir un interés particular que, aunque legítimo, no necesariamente coincide con el interés común. La alteración natural que la presencia de la figura presidencial produce en la contienda política obliga al legislador a precaver los efectos de una lucha desigual. Por ello, si su deber es garantizar que la carrera por la primera magistratura se defina por el peso de las ideas y no por la inercia del poder, su obligación reside en adoptar medidas que minimicen el ímpetu de las ventajas presidenciales. [...]”.

A más de lo anterior, el adecuado equilibrio electoral como presupuesto de igualdad es recogido por el Tribunal Constitucional señaló:

“[...] No es cierto que no se restrinja en el tiempo la facultad de intervención presidencial, ni tampoco que se permita una “precampaña política” sin la aplicación de las medidas establecidas en la ley para asegurar la igualdad electoral. Todo lo contrario, la norma sí fija un límite temporal de un mes para la intervención presidencial en la precampaña política, y sí establece que dentro de dicho lapso se apliquen al presidente o al vicepresidente que actúen como precandidatos las mismas reglas que, con miras a

garantizar la igualdad electoral, se prevén en el caso en que dichos funcionarios sean candidatos a la elección presidencial. Por lo mismo, por este aspecto no puede hablarse de que la norma bajo examen obstaculice tal igualdad entre los candidatos. Por tal razón, los reproches de inconstitucionalidad que en este sentido formulan la Defensoría y la Procuraduría no se fundan en razones ciertas, en cuanto no tienen en cuenta lo que la disposición atacada realmente prescribe. En cuanto a la apreciación de la Vista Fiscal según la cual no puede otorgarse un término igual de un mes a los demás precandidatos y al Presidente en ejercicio para la realización del proselitismo al interior del partido, la Corte estima que le asiste razón al señor Procurador. Justamente, si el propósito de la ley es lograr la igualdad electoral, dicha restricción temporal para hacer campaña al interior del partido debe cobijar solamente al presidente candidato, que es quien se encuentra por este aspecto en una posición ventajosa que resulta necesario compensar. [...]"²².

La Ley 1474 de 2011 “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”, dispone que:

“[...] Artículo 10. Presupuesto de publicidad. Los recursos que destinen las entidades públicas y las empresas y sociedades con participación mayoritaria del Estado del orden nacional y territorial, en la divulgación de los programas y políticas que realicen, a través de publicidad oficial o de cualquier otro medio o mecanismo similar que implique utilización de dineros del Estado, deben buscar el cumplimiento de la finalidad de la respectiva entidad y garantizar el derecho a la información de los ciudadanos. En esta publicidad oficial se procurará la mayor limitación, entre otros, en cuanto a contenido, extensión, tamaño y medios de comunicación, de manera tal que se logre la mayor austeridad en el gasto y la reducción real de costos.

Los contratos que se celebren para la realización de las actividades descritas en el inciso anterior, deben obedecer a criterios preestablecidos de efectividad, transparencia y objetividad.

Se prohíbe el uso de publicidad oficial, o de cualquier otro mecanismo de divulgación de programas y políticas oficiales, para la promoción de servidores públicos, partidos políticos o candidatos, o que hagan uso de su voz, imagen, nombre, símbolo, logo o cualquier otro elemento identificable que pudiese inducir a confusión.

En ningún caso las entidades objeto de esta reglamentación podrán patrocinar, contratar o realizar directamente publicidad oficial que no esté relacionada con las funciones que legalmente

debe cumplir, ni contratar o patrocinar la impresión de ediciones de lujo. [...]"

La obvia necesidad de limitar prácticas como la autopromoción y la autopublicidad de una gestión que se reputa pública enmarcada en el interés general y las obligaciones legales de la función pública suponen que, más allá de generarse reconocimientos por el cumplimiento de una obligación, la información (publicidad) debería versar sobre hechos y situaciones que deban ser comunicadas a la comunidad en aras de poder ejercer derechos, acceder a garantías, y/o lograr el acceso uso y goce efectivo de los mismos, más allá de la necesidad de “promocionar” hechos de gestión o gobierno, más aun en las coyunturas propias de las contiendas electorales, solo por mencionar algunas situaciones en donde el gasto en publicidad, el acceso equitativo, el equilibrio informativo y la verdadera necesidad de brindar información, clara, precisa y objetiva, más que informes de gestión o publicitación de obras, situaciones o hechos como situaciones propias y/o directamente relacionadas con la función administrativa que, como se ha anotado, supone una obligación legal reglamentada de forma especial, concreta y específica que deviene del marco constitucional y legal.

La necesidad de legislar sobre la publicidad estatal y la eficiencia de dicho gasto, -entendido finalmente como gasto público-, deriva del hecho de que la Ley 1474 de 2011, que contenía un régimen más exigente, fue posteriormente reformada por la Ley 1551 de 2012, que derogó el régimen previo ubicándonos en la situación actual.

REGLAMENTACIÓN DEL CONSEJO NACIONAL ELECTORAL (CNE)

La organización electoral, encarnada en el CNE como garante de las elecciones y la participación política, definió en la Resolución número 0289 de 2014 que:

- Se debe contar con unos topes definidos para la campaña presidencial, especialmente cuando el jefe de Estado ostenta la doble condición de presidente y candidato.
- En igual sentido, y al preverse la segunda vuelta para la elección presidencial, el monto debe ser redefinido en aras del equilibrio en el acceso a recursos, en donde, claramente se indica el tope para el (o los, en el caso de la primera vuelta) candidato y otro para el caso del candidato que ostenta la jefatura del Estado.
- Así las cosas, la resolución prevé para la primera vuelta un tope máximo legal para el candidato presidente de \$13.552.953.683 y, un tope máximo legal de \$9.499.258.340 para la segunda vuelta.

A manera de ilustración y para el objeto del Proyecto de Ley que se propone y, según

²² Sentencia C-1153 de 2005, Expediente PE-024, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

la información aportada por la CGR, durante el periodo comprendido 2012-2014, el Estado colombiano gastó en publicidad y eventos \$ 2.312.933.351.571.

El ritmo de gasto tuvo un marcado incremento durante los últimos siete (7) meses, en donde fue de \$ 1.188 billones:

Ello representa un gasto aproximado durante el periodo 2012-2014 de casi \$2 billones, lo que, sin lugar a dudas, debe ser reglamentado por las razones expuestas.

2.4. DESARROLLOS RECIENTES (2017)

El Presidente de la República sancionó la Ley 1864 de 2017, que modifica el Código Penal y contempla penas entre cuatro y ocho años de cárcel, así como también altas multas a quienes violen los toques de gastos en campañas electorales o utilicen recursos para estos fines de fuentes prohibidas.

El pago de \$1.200 millones por parte de la multinacional brasilera Odebrecht para una encuesta de opinión, a través de la agencia Sancho Publicidad, con Roberto Prieto (exgerente de campaña) demuestra la necesidad de una ley que regule y sancione estos temas.

Según información periodística, el señor Roberto Prieto, en 2010, creó una sociedad comercial en Panamá y abrió una cuenta en un banco en la que le consignaron US\$450.000 por parte de Odebrecht para el pago de un trabajo publicitario para la campaña de Juan Manuel Santos, de ese año.²³

Otra situación de contratación en publicidad de naturaleza estatal que desbordó todos los toques y se configuró en una burla a la ley, a la eficacia, la eficiencia, la austeridad y los prometidos recortes anunciados por este gobierno tiene que ver con el contrato para la “**VI Cumbre de las Américas**”, que suscribió el Fondo Rotatorio de la Cancillería por más de **\$50.000 millones**, y en el que la Contraloría encontró también varias inconsistencias en el proceso licitatorio y **sobrecostos en la ejecución**.

La Procuraduría General de la Nación encontró irregularidades en ese y otros contratos como los que Findeter le entregó a Marketmedios y que suman más de **\$2.500 millones otorgados “a dedo”**.

Según la investigación periodística de la emisora La W “en su momento el presidente de Findeter, Luis Fernando Arboleda, aseguró que los contratos celebrados con Marketmedios fueron realizados dentro del marco legal y **que no influyó su relación con Roberto Prieto**, amigo de vieja data, y quien además le dijo a La W que

él lo había recomendado para el cargo **luego de trabajar juntos en la campaña Santos 2010**”.²⁴

Otros contratos objeto de investigación por la Procuraduría son los suscritos entre Marketmedios y la Registradora General de la Nación, según el registrador Juan Carlos Galindo, se hizo contratación directa debido a que **se trataba de una prestación de servicios y se escogió a la empresa Marketmedios porque presentaron la mejor propuesta económica**.²⁵

La información recogida por la Procuraduría también será entregada a la Fiscalía para que sea tenida en cuenta dentro de la **investigación que se le adelanta a Roberto Prieto**.²⁶

Para evitar estas situaciones, la Ley 1864 de 2017 en su artículo 14 dispone que: “El gerente de la campaña electoral que permitan en ella la consecución de bienes provenientes de fuentes prohibidas por la ley para financiar campañas electorales, incurrirá en prisión de cuatro a ocho años, multa de 400 a 1.200 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo”.

Esta ley (1864) define “*multas entre 50 y 200 smlmv por el delito de perturbación del sistema democrático. También habrá multas para quienes cometan constreñimiento al sufragante. En este último delito, la pena oscila entre cuatro y nueve años de prisión, sin embargo, podría aumentarse de la mitad al doble en caso de que sea cometido por un servidor público*”.²⁷

Otras situaciones que deben ser relacionadas en la era de las tecnologías de la información y el uso de redes sociales tiene que ver con episodios como el denunciado por el honorable Senador Daniel Cабrales, según quien existió un millonario contrato que celebró la empresa Brandmen con el gobierno de Juan Manuel Santos, específicamente con la Imprenta Nacional de Colombia.

El portal informativo Panampost elaboró una investigación periodística en donde descubrió que en dicho contrato, que dio inicio el 29 de noviembre de 2016, por un valor de 71.340.000 de COP (USD \$24.000) y tuvo una duración de 31 días, se establece que el contratista debe “contar con un grupo mínimo de (30) influenciadores” en redes sociales, los cuales tiene como objetivo “realizar la difusión y ampliación de los diferentes contenidos requeridos por el Ministerio Tic” (Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones – Mintic).

²⁴ <http://www.wradio.com.co/noticias/actualidad/que-contratos-irregulares-encontro-procuraduria-entre-entidades-estatales-y-marketmedios/20170426/nota/3447097.aspx>

²⁵ Ibid.

²⁶ Ibid.

²⁷ <https://newscolombia.com.co/edward-rodriguez-celebro-la-sancion-de-la-ley-que-endurece-los-castigos-por-delitos-electorales/>

²³ https://www.google.com.co/search?q=gastos+en+publicidad+estatal&source=lnms&tbm=nws&sa=X&ved=0ahUKEwjGnZ2v5ujVAhWFJCYKHe5UCIsQ_AUICyg-C&biw=1366&bih=662

Según lo establecido en el contrato, dicha difusión y amplificación se debe realizar cumpliendo las siguientes instrucciones:

- En Twitter se debían postear 37 mensajes y realizar 75 retuits.
- En Facebook se debían realizar 37 acciones y 75 comentarios.
- En Instagram se debían realizar 37 post y 75 comentarios en fotos.

Esto quiere decir que por las 30 personas del equipo contratado se realizó un total de 3.360 acciones, y si se tiene en cuenta que quienes realizaban estas acciones eran influenciadores, el número podría multiplicarse debido a los retuits, comentarios e interacción con estos.

En otras palabras, el Gobierno de Santos contrató a una empresa de publicidad para que se encargara, por medio de influenciadores, de replicar todo tipo de información relacionada con su gestión, o por lo menos la gestión del Mintic.²⁸

Muy a pesar de la promesa hecha en 2014 por el Gobierno nacional de reducir sus gastos en publicidad y buscar un ahorro de \$1 Billón, la conducta se ha reiterado en 2015, 2016 y 2017, y ahora que se encuentra en revisión el anteproyecto del Presupuesto General de la Nación (PGN, 2018) el tema cobra total relevancia, especialmente cuando el contrato en comento (a manera de ejemplo de los muchos que se celebran con este objeto y con cargo al PGN) abre una serie de interrogantes: ¿cuál era la necesidad de contratar a un equipo de 30 influenciadores de redes sociales para que hiciera lo que le corresponde al equipo de comunicación del Mintic?, ¿Este es el único contrato existente con estas características? ¿Qué tipo de información se encargaron de difundir dichos influenciadores?

En la página web donde se encuentra toda la información relacionada con el contrato no existe un informe de lo realizado por la empresa Brandmen, sin embargo, en el Ministerio de las TIC deben reposar dos informes, si se tiene en cuenta lo establecido en el contrato, en los que debe estar detallada la siguiente información: desempeño individual de los influenciadores, cifras generales de la gestión realizada, evidencias (pantallazos) de las acciones realizadas, beneficios de Mintic, David Luna, Proyectos Asociados e informes con métricas de crecimiento, alcance, *engagement* (grado de interacción de los usuarios) y demás.

Lo que llama la atención es que este contrato se celebró justo el año en que el presidente Santos le había solicitado a sus ministros “ajustarse el cinturón” en lo que tenía que ver con el gastos estatal, y específicamente les pidió disminuirlo

en temas relacionados con eventos, publicidad, viajes, viáticos y comunicaciones.²⁹

Es necesario regular los gastos en materia de publicidad de naturaleza estatal, la situación fiscal de cara al 2018 no es la mejor, y ya hemos visto cómo una fuente que es permeable por los conflictos de interés, la corrupción, la celebración indebida de contratos, la adjudicación directa, y la financiación ilícita de campañas es a través de la publicidad, eventos, “donaciones”, violación de topes, *inter alia*.

En momentos en los que se discute el proyecto de PGN 2018, es pertinente preguntarse si el proyecto presentado por el gobierno es realista, en donde los gastos de funcionamiento crecen 6,3 % al pasar de \$140,5 billones en 2017 a \$149,3 billones en 2018. Mientras tanto, los gastos de inversión se reducen 16,8 % al pasar de \$41,2 billones este año a \$34,2 billones para el 2018.

El PGN para el próximo año será muy parecido al que se encuentra vigente, es decir por el orden de los **\$124 billones**.

Según el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el ahorro se verá en temas como publicidad deriva de los criterios establecidos en el artículo 104 (Plan de Austeridad del Gasto) de la actual ley de presupuesto, Ley 1815 de 2016, que tratan sobre las actividades relacionadas con la compra de bienes y servicios, y servicios personales indirectos.

Estas decisiones se deben reforzar con el cumplimiento estricto de la Ley 996 de 2005 (Ley de Garantías Electorales) que desde el próximo 11 de noviembre introduce restricciones especiales sobre la celebración de convenios interadministrativos para ejecutar recursos públicos y sobre la celebración de contratos en la modalidad de contratación directa.

Cuando los ítems relacionados a publicidad de naturaleza estatal entran en el marco de “gastos generales” en donde se prometen recortes y ahorros que son difíciles de verificar y rastrear, es pertinente contar con una ley de la república que se haga eco de este clamor y necesidad.

La situación económica colombiana y la gestión de este gobierno no puede seguir teniendo oídos sordos frente a la necesidad de controlar el gasto público, especialmente en un tema que no es esencial como la publicidad de naturaleza estatal, la que se ha convertido en plataforma de derroche y autopromoción.

La situación fiscal es preocupante, y un presupuesto estimado en 235,5 billones de pesos, que destina una inversión de solo 34,2 billones de pesos, es decir, con una caída de 16,8 por ciento frente a lo que se está invirtiendo este año. Uno de los elementos más preocupantes del Presupuesto 2018 es la repetida contracción (por tercer año consecutivo) del componente de

²⁸ <https://es.panampost.com/panam-staff/2017/07/22/santos-agencia-de-publicidad/>

²⁹ *Ibid.*

inversión, que descendió del 4,5 al 3,5 por ciento del PIB.

Con el fin de complementar el marco jurídico vigente en el orden constitucional, contractual, penal, presupuestal y electoral, es pertinente introducir una ley que obligue a los gobiernos por venir a honrar los compromisos de austeridad, eficiencia y eficacia, y dar un uso adecuado a los recursos presupuestales destinados a la publicidad de naturaleza estatal, honrando así el equilibrio, el acceso, la pertinencia y sancionando la censura indirecta, los conflictos de interés, la irresponsabilidad, el derroche y la corrupción.

III. TEXTO DEFINITIVO PARA PRIMER DEBATE AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 104 DE 2017 SENADO

por medio de la cual se regula el uso adecuado y eficiente de recursos públicos destinados a publicidad de naturaleza estatal y se dictan otras disposiciones.

El Congreso de la República de Colombia

DECRETA:

Artículo 1°. *Objeto.* La presente ley tiene por objeto garantizar el uso adecuado y eficiente de los recursos públicos destinados a la contratación y gasto de publicidad de naturaleza estatal, con el fin de evitar su uso excesivo, controlar el gasto público asociado a esto, y garantizar la efectividad y eficiencia del gasto en actividades directamente relacionadas con la naturaleza y misión de las entidades estatales.

Parágrafo. La publicidad de naturaleza estatal incluirá eventos y otras actividades con fines promocionales y publicitarios, así como las campañas de promoción e imagen institucional, los eventos especiales, los eventos internacionales, los eventos de “imagen - país”, y aquellos de naturaleza protocolaria y diplomática.

Artículo 2°. *Definición.* Se entenderá por publicidad de naturaleza estatal cualquier forma de comunicación y divulgación de información dirigida al público en general, la cual se genere, transmita o divulgue a través de diferentes medios de comunicación tales como -pero sin limitarse a-: televisión, radio, prensa, medios electrónicos, medios impresos o audiovisuales, vallas, pancartas, insertos, anuncios, eventos, portales, plataformas, redes sociales y patrocinios; y que sean contratados, pagados y/o gestionados por las entidades estatales para dar a conocer sus productos, bienes, servicios, planes, programas, proyectos, campañas, convocatorias, y demás actividades relacionadas con sus funciones y competencias legales.

Artículo 3°. *Principios.* Para garantizar el objeto de la presente ley, la contratación, uso y gasto de publicidad de naturaleza estatal se basará en los principios de equidad, equilibrio, eficiencia, libertad de prensa, igualdad, interés general, imparcialidad y austeridad.

Artículo 4°. *Finalidad.* En desarrollo del interés general y la austeridad y eficiencia presupuestal, la publicidad de naturaleza estatal tendrá como finalidad instruir a la población sobre:

- a) Acceso a bienes y servicios provistos por el Estado, y/o
- b) Advertir a la población sobre situaciones de urgencia, interés o inmediatez de orden económico, social y/o ecológico.
- c) Celebración de elecciones, actividades de participación popular, democrática, así como de consulta, participación e intervención en actividades judiciales de interés general.

No se podrá interpretar como interés general la publicidad cuya finalidad sea meramente informativa. Se entenderá como informativa la autopromoción, el contenido genérico, los anuncios de autogestión y/o de muestra de resultados, y/o de hechos cumplidos.

Parágrafo. La presentación de resultados, avances, planes y proyectos con información ambigua, engañosa, incompleta y/o manifiestamente falsa será objeto de la acción disciplinaria y fiscal correspondiente.

Artículo 5°. *Ámbito de aplicación.* La presente ley tiene como ámbito de aplicación toda la estructura del Estado colombiano, incluidas aquellas entidades adscritas, vinculadas o dependientes de la rama ejecutiva como fideicomisos, bancos, programas, proyectos, entidades financieras, o aquellas que a cualquier título reciban recursos provenientes del erario y/o del presupuesto general de la nación para su funcionamiento.

Artículo 6°. *Control.* Las entidades estatales y aquellas que sean de naturaleza mixta o adscrita velarán por el adecuado control y vigilancia de los rubros que destinen en sus presupuestos para publicidad, en los términos previstos en la presente ley.

La eficiencia del gasto público es una obligación y por ende una responsabilidad que se debe garantizar de manera previa, sin perjuicio del control fiscal, disciplinario y/o penal posterior al que haya lugar.

Artículo 7°. *Elecciones.* En el evento en que se presenten elecciones, se restringirá la publicidad oficial durante los seis (6) meses previos a dicha elección, salvo para aquellas situaciones definidas en el literales b) y c) del artículo 4°.

Parágrafo 1°. La Organización Electoral, en el marco de sus competencias constitucionales y legales, reglamentará el acceso y uso de publicidad para la difusión y pedagogía electoral.

Parágrafo 2°. En caso de que se presenten elecciones atípicas, la Organización Electoral reglamentará los derechos y deberes de las campañas para el uso y difusión de publicidad.

La publicidad estatal de naturaleza institucional se limitará a la información relacionada con la celebración de los comicios correspondientes.

Artículo 8°. *Planeación.* La contratación de publicidad de naturaleza estatal observará los criterios de eficacia y eficiencia en el gasto público, y el régimen jurídico aplicable a la contratación pública. Es obligación de las entidades oficiales elaborar una adecuada planeación presupuestal sobre estos rubros.

Las entidades de las que trata el artículo 5° -incluidas aquellas de naturaleza mixta, adscrita, o vinculada-, elaborarán un informe semestral con destino a la Contraloría General de la República sobre la contratación, gasto y uso de publicidad en los términos de la presente ley.

El informe al que se refiere este artículo deberá contener como mínimo la identificación exacta del contratista (persona natural o jurídica), su documento (NIT. o cédula de ciudadanía), el objeto del contrato, su valor, plazo, el impacto esperado, la modalidad de contratación con la que se adjudicó, el porcentaje de avance y cumplimiento y las posibles alertas o advertencias que deban ser puestas en conocimiento del organismo de control.

Artículo 9°. *Prohibiciones.* Estará prohibida toda publicidad de naturaleza estatal dirigida a la autopromoción de funcionarios, y/o que esté orientada a difundir metas y resultados de gestión, enaltecer o promocionar la imagen particular de un funcionario, del Gobierno nacional, y/o de un partido o movimiento político.

Parágrafo 1°. Ningún funcionario de una entidad estatal, cualquiera que sea su naturaleza jurídica o cargo, podrá hacer presencia en la publicidad de dicha entidad sea cual fuere el medio que se utilice, ni podrá destinar recursos de su entidad para el manejo de su imagen personal.

Parágrafo 2°. Se entiende exenta de la presente prohibición la participación mediática originada en la invitación, entrevista, reportaje y/u otra actividad del curso ordinario de la libertad de prensa, siempre que esto sea sufragado por los medios de comunicación privados, y que ello no haya tenido origen en un contrato estatal, en la promesa, o en la destinación de fondos provenientes del presupuesto general de la nación.

Artículo 10. *Selección objetiva.* La contratación directa no operará en materia de publicidad estatal, salvo en aquellos casos en los que se presenten hechos sobrevinientes de fuerza mayor, tales como, catástrofes y/o desastres naturales, epidemias, pandemias, y/u otras situaciones de grave afectación de la salud pública, graves amenazas, perturbaciones o afectaciones del orden público, económico, ecológico y social.

Artículo 11. *Equilibrio presupuestal.* En observancia del principio de austeridad y racionalización del gasto público, ninguna entidad estatal, o adscrita o de naturaleza mixta o vinculada,

podrá destinar recursos en materia de publicidad que sobrepasen los rubros definidos para el cumplimiento y desarrollo de sus objetivos, planes y programas misionales, previamente aprobados y/o en ejecución.

Parágrafo. Estarán prohibidas las partidas globales y/o generales en materia de publicidad de naturaleza estatal.

Artículo 12. *Moralidad.* Las entidades estatales no podrán contratar publicidad con personas naturales y/o jurídicas que se encuentren sujetas a las inhabilidades e incompatibilidades contempladas en el artículo 8° de la Ley 80 de 1993. Dicha restricción incluirá a aquellas personas naturales que hayan ocupado cargos y/o hayan sido contratistas en la rama ejecutiva, sus entidades adscritas, vinculadas o aquellas de naturaleza mixta, durante los doce (12) meses anteriores a una elección popular.

Parágrafo. Aquellas empresas, sociedades, compañías y/o personas naturales cuyos directivos, socios o representantes hayan sido condenados por sentencia judicial en firme por hechos de constrañimiento, corrupción, evasión, estafa, falsedad, financiación de organizaciones terroristas, favorecimiento ilícito, fraude, intervención indebida en la celebración de contratos, lavado de activos, malversación, participación en política con fines de financiación ilegal y/ violando los topes legales, espionaje y/o uso de software malicioso, tendrán inhabilidad perpetua para contratar publicidad con entidades de naturaleza estatal.

Artículo 13. *Prelación y equilibrio informativo.* En materia de contratación de publicidad de naturaleza estatal se dará prelación a los medios de comunicación y difusión oficiales y comunitarios.

Si se requiriere acudir a proveedores particulares, se aplicarán los criterios de objetividad, imparcialidad y equilibrio, así como lo dispuesto por la Ley 80 de 1993.

Parágrafo. Está prohibida cualquier censura indirecta y/o discriminación negativa.

Artículo 14. *Vigencia.* La presente ley rige a partir de la fecha de su promulgación.

IV. PROPOSICIÓN

Por las anteriores consideraciones solicito a los Honorables Senadores de la Comisión Tercera Constitucional Permanente dar primer debate al **Proyecto de ley número 104 de 2017 Senado, por medio de la cual se regula el uso adecuado y eficiente de recursos públicos destinados a publicidad de naturaleza estatal y se dictan otras disposiciones.**

Atentamente,



IVÁN DUQUE MÁRQUEZ
Senador de la República
Ponente

Bogotá, D. C., 10 de octubre de 2017

En la fecha se recibió ponencia y texto propuesto para primer debate del **Proyecto de ley número 104 de 2017 Senado**, por medio de la cual se regula el uso adecuado y eficiente de recursos públicos destinados a publicidad de naturaleza estatal y se dictan otras disposiciones.


RAFAEL OYOLA ORDÓSGOITIA
 Secretario General

Autorizo la publicación de la siguiente ponencia para primer debate, consta de treinta y dos (32) folios.


RAFAEL OYOLA ORDÓSGOITIA
 Secretario General
 Comisión III – Senado.

CONCEPTOS JURÍDICOS

CONCEPTO JURÍDICO DEL MINISTERIO DE SALUD AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 15 DE 2016 SENADO

por medio del cual se modifica el Régimen de Seguridad Social de los pensionados.

Bogotá, D. C.

Doctor

GREGORIO ELJACH PACHECO

Secretario General

Senado de la República

Carrera 7ª N° 8-68

Ciudad

Asunto: Concepto sobre el Proyecto de ley número 15 de 2016 Senado, por medio del cual se modifica el Régimen de Seguridad Social de los pensionados.

Señor Secretario:

Teniendo en cuenta que la iniciativa de la referencia está pendiente de surtir debate en la Plenaria de esa Corporación, se hace necesario emitir el concepto institucional desde la perspectiva del Sector Salud y Protección Social. Para tal cometido, se toma como fundamento el texto publicado en la **Gaceta del Congreso** número 314 de 2017.

Al respecto, este Ministerio, en ejercicio de las competencias constitucionales y legales que le asisten, en especial las previstas en el inciso 2 del artículo 208 de la Constitución Política y el numeral 3 del artículo 59 de la Ley 489 de 1998, sin perjuicio de los comentarios que estimen pertinente realizar otras autoridades para las cuales este tema resulte sensible, formula las siguientes observaciones¹:

1. CONTENIDO

La propuesta legislativa dispone:

Artículo 1°. Ámbito de aplicación. La presente ley se aplicará a todos los pensionados incluyendo los regímenes especiales y exceptuados.

Artículo 2°. Los pensionados aportarán como base de cotización a salud, el equivalente al 4% de una pensión, cuando aquella pensión no represente más de cuatro (4) salarios mínimos mensuales vigentes, caso en el cual continuarán aportando el 12%.

Lo anterior sin perjuicio de las disposiciones favorables que resulten aplicables al pensionado en virtud del régimen pensional que lo cobija.

Artículo 3°. La presente ley rige a partir de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.

2. CONSIDERACIONES GENERALES

2.1. En primer lugar, es pertinente advertir que el artículo 48 de la Constitución Política de 1991 establece lineamientos superiores en materia de Seguridad Social, al consagrar que “[...] *La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley* [...]”. [Énfasis fuera del texto].

Para la Corte Constitucional, en virtud de tal directriz todos los partícipes del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) deben contribuir a su sostenibilidad con el fin de preservar el sistema en su conjunto. De ahí que el alto tribunal mediante sentencia C-1000 de 2007 manifestara:

[...] en relación con la aplicación del **principio de solidaridad** en materia de seguridad social,

¹ Esta Cartera ya se había pronunciado sobre iniciativas similares, como es el caso del Proyecto de ley 062 de 2015 Cámara, por la cual se modifica la cotización mensual al Régimen Contributivo de Salud de los Pensionados, acumulado al Proyecto de ley número 008 de 2015 Cámara, por la cual se modifica la cotización mensual al

Régimen Contributivo de Salud de los Pensionados (cfr. rad. número 201511401727091), en dicho concepto ya se advertía la inconveniencia y la inconstitucionalidad de este tipo de proyectos.

la Corte ha considerado que (i) este permite que el derecho a la seguridad social se realice, si es necesario, a través de la exigencia de prestaciones adicionales por parte de las entidades que han cumplido con todas sus obligaciones prestacionales, conforme a lo establecido en las leyes [...] el principio aludido también impone un compromiso sustancial del Estado en cualquiera de sus niveles (Nación, departamento, municipio), así como de los empleadores públicos y privados en la protección efectiva de los derechos fundamentales de los trabajadores y de sus familias; (ii) implica que todos los partícipes de este sistema deben contribuir a su sostenibilidad, equidad y eficiencia, lo cual explica que sus miembros deban en general cotizar no solo para poder recibir los distintos beneficios, sino además para preservar el sistema en su conjunto; (iii) la ley puede, dentro de determinados límites, estructurar la forma como los distintos agentes deben cumplir con su deber de solidaridad; (iv) los aportes deben ser fijados de conformidad con criterios de progresividad, que permitan que quienes más capacidad contributiva tengan aporten en proporciones mayores; (v) si bien es uno de aquellos considerados fundamentales por el primer artículo de la Constitución, no tiene por ello un carácter absoluto, ilimitado, ni superior frente a los demás que definen el perfil del Estado Social de Derecho, sino que la eficacia jurídica de otros valores, principios y objetivos constitucionales puede acarrear su restricción, mas no su eliminación; (vi) conforme a lo prescrito por el artículo 95 superior, el principio de solidaridad genera deberes concretos en cabeza de las personas, no puede en cambio hablarse de correlativos derechos subjetivos concretamente exigibles en materia de seguridad social, emanados directamente de tal principio constitucional; (vii) no es tan amplio el principio de solidaridad social dispuesto en nuestra Carta Política como para suponer en toda persona el deber de responder con acciones humanitarias, sin límite alguno, ante situaciones que pongan en peligro su vida o la salud de los demás; (viii) exige la ayuda mutua entre las personas afiliadas, vinculadas y beneficiarias, independientemente del sector económico al cual pertenezcan, y sin importar el estricto orden generacional en el cual se encuentren; (ix) implica las reglas según las cuales el deber de los sectores con **mayores recursos económicos** de contribuir al financiamiento de la seguridad social de las personas de escasos ingresos, y la obligación de la sociedad entera o de alguna parte de ella, de colaborar en la protección de la seguridad social de las personas que por diversas circunstancias están imposibilitadas para procurarse su propio sustento y el de su familia; y (x) se pueden aumentar razonablemente las tasas de cotización, siempre y cuando no vulneren los derechos fundamentales

al mínimo vital y a la vida digna [...] ^{2, 3} [énfasis fuera del texto].

De esta manera, la propuesta de disminución del 8% de la cotización en los términos del proyecto de ley estaría suponiendo, por una parte, que no se estarían garantizando los recursos necesarios para el reconocimiento de la UPC de los mismos pensionados y, por otra, el desconocimiento del principio de **Solidaridad**⁴ del SGSSS, considerando además que esta se constituye en una de las fuentes de recursos con los cuales se financia el aseguramiento en salud de la población colombiana, con lo que se afectaría la sostenibilidad⁵ financiera del sistema y en consecuencia el acceso de la población a los servicios de salud.

A su turno, es importante señalar que una modificación del porcentaje de la cotización de los pensionados que devengan hasta 4 salarios mínimos, pasando de 12% al 4% de la mesada pensional, impactaría negativamente el recaudo del SGSSS, puesto que estos cotizantes representan cerca del 90,76% del total de los cotizantes pensionados al SGSSS, de ahí que, en caso de aprobarse la iniciativa, el sistema dejaría de percibir anualmente cerca de \$ 1,63 billones.

2.2. En segundo lugar, la propuesta *sub examine* desconocería el artículo 13 de la Constitución Política, en la medida que establece una disminución del aporte a salud a favor de los pensionados frente a los demás cotizantes, como son los trabajadores independientes, quienes deben asumir la cotización plena de salud del 12.5% sin que exista una razón válida que justifique dicho tratamiento diferencial, teniendo en cuenta que tanto el pensionado como el trabajador independiente perciben ingresos sobre los cuales les asiste el deber legal de cotizar.

Efectivamente, la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia, ha sostenido que

[...] La igualdad se rompe cuando, sin motivo válido –fundado en razones objetivas, razonables

² **Corte Constitucional**, sentencia C-1000 de 21 de noviembre de 2007, M. P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

³ Cfr. **Corte Constitucional**, sentencias T-434 de 30 de mayo de 2002, M. P.: Rodrigo Escobar Gil; C-459 de 11 de mayo de 2004, M. P.: Jaime Araújo Rentería; *inter alia*.

⁴ Esta directriz fue retomada en la Ley Estatutaria 1751 de 2015, por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones. Así, en el artículo 6° lit. j), se establece: “[...] **Solidaridad**. El sistema está basado en el mutuo apoyo entre las personas, generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades [...]”.

⁵ Este principio también fue acogido en el artículo 6° lit. i) de la citada Ley 1751 de 2015, a saber: “[...] **Sostenibilidad**. El Estado dispondrá, por los medios que la ley estime apropiados, los recursos necesarios y suficientes para asegurar progresivamente el goce efectivo del derecho fundamental a la salud, de conformidad con las normas constitucionales y de sostenibilidad fiscal [...]”.

y justas—, el Estado otorga preferencias o establece discriminaciones entre los asociados, si éstos se encuentran en igualdad de circunstancias o en un nivel equiparable desde el punto de vista fáctico [...]»⁶.

[...] “el trato diferente para fenómenos también diversos tiene que fundarse igualmente en motivos razonables que justifiquen la diferencia, con el objeto de no eliminar de plano la igualdad, por una apreciación exagerada de características distintas [...]. En otras palabras, las divergencias de trato para fenómenos desiguales tienen que ser proporcionales a la desigualdad de la misma sobre la cual recaen” [...]»^{7, 8} [énfasis fuera del texto].

Bajo esta perspectiva, el proyecto otorga privilegios a un sector determinado (pensionados), sin que existan motivos razonables que justifiquen dicha prerrogativa, en la medida que la situación fáctica de quienes son pensionados y de quienes no lo son, desde el punto de vista económico, es la misma, poniendo en una situación de asimetría a aquellas personas —trabajadores independientes— que no siendo pensionadas, deben cotizar el 12.5% al SGSSS frente a quienes que, por estar pensionados, deben pagar un porcentaje inferior, con ello se estaría contraviniendo el derecho de igualdad, máxime cuando por disposición de la Ley 1250 de 2008 se redujo del 12.5% a 12% la cotización al SGSSS de los pensionados, otorgándose un beneficio especial a dicho grupo poblacional.

2.3. En tercer lugar, no puede perderse de vista que al revisar el artículo 154 constitucional, se tiene que solo podrán ser dictadas o reformadas con aval gubernamental, entre otras, las leyes que “[...] *decreten exenciones de impuestos, contribuciones o tasas nacionales* [...]”, so pena de configurar un vicio en la formación de la norma.

En ese orden, es oportuno traer a colación lo enunciado por la Corte Constitucional, a propósito de la revisión realizada a las objeciones presidenciales que se presentaron sobre el PL 121/07 (C) - 026/07 (S), que a la postre se transformaría en la Ley 1250 de 2008, *por la cual se adiciona un inciso al artículo 204 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007 y un párrafo al artículo 19 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 6° de la Ley 797 de 2003*, a saber:

[...] el proyecto de ley presentado por el Gobierno concedía a los pensionados que recibieran mesadas pensionales que no superaran un salario mínimo legal mensual, una exención tributaria respecto de la obligación de pagar un incremento del 0.5% en la cotización al Sistema de

Seguridad Social en Salud, obligación que, según ha sido definido por esta Corporación en reiterada jurisprudencia, constituye una contribución parafiscal [...].

[...] **en virtud de lo prescrito por el segundo inciso del artículo 154 de la Constitución Política, correspondía a la iniciativa privativa o exclusiva del ejecutivo.** Ciertamente, dicha norma superior prescribe que solo podrán ser dictadas o reformadas por iniciativa del Gobierno las leyes que “*decreten exenciones de impuestos, contribuciones o tasas nacionales*”. Y **dado que la cotización al Sistema de Seguridad Social en Salud es una especie del género de las obligaciones tributarias llamado “contribución parafiscal”, es claro que el proyecto de ley correspondía a aquellos que son de la iniciativa exclusiva del Gobierno** [...] [énfasis fuera del texto]⁹.

En ese orden, se debe estar en consonancia con el mandato constitucional y los precedentes jurisprudenciales, so pena de no atender los preceptos que hacen parte del ordenamiento jurídico.

2.4. En cuarto lugar, es de advertir que la propuesta dentro de su estructura y contenido no trata ni desarrolla el impacto fiscal, concretamente, no se plantea lo atinente al efecto financiero acorde con lo consagrado en el artículo 7° de la Ley 819 de 2003¹⁰, *por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones*, y, por ende, es factible que, dentro del iter legislativo se exteriorice dicha falencia. Sobre el particular, la Corte Constitucional ha enfatizado:

⁹ **Corte Constitucional**, Sentencia C-838 de 27 de agosto de 2008, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹⁰ Artículo 7°. *Análisis del Impacto Fiscal de las Normas*. En todo momento, el impacto fiscal de cualquier proyecto de ley, ordenanza o acuerdo, que ordene gasto o que otorgue beneficios tributarios, deberá hacerse explícito y deberá ser compatible con el Marco Fiscal de Mediano Plazo [...] Para estos propósitos, deberá incluirse expresamente en la exposición de motivos y en las ponencias de trámite respectivas los costos fiscales de la iniciativa y la fuente de ingreso adicional generada para el financiamiento de dicho costo [...] 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 [...] Los proyectos de ley de iniciativa gubernamental, que planteen un gasto adicional o una reducción de ingresos, deberá contener la correspondiente fuente sustitutiva por disminución de gasto o aumentos de ingresos, lo cual deberá ser analizado y aprobado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público [...]. En las entidades territoriales, el trámite previsto en el inciso anterior será surtido ante la respectiva Secretaría de Hacienda o quien haga sus veces.

⁶ **Corte Constitucional**, sentencia C-384 de 19 de agosto de 1997, M. P.: José Gregorio Hernández.

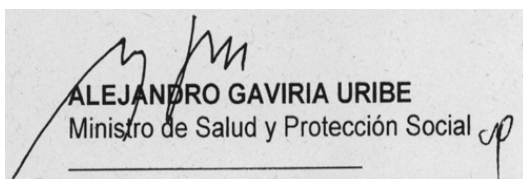
⁷ **Corte Constitucional**, sentencia C-005 de 18 de enero de 1996, M. P.: José Gregorio Hernández.

⁸ **Corte Constitucional**, sentencia C-364 de 29 de marzo de 2000, M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

[...] Del anterior recuento jurisprudencial pueden deducirse las siguientes subreglas: (i) las obligaciones previstas en el artículo 7° de la Ley 819/03 constituyen un parámetro de racionalidad legislativa, que cumple fines constitucionalmente relevantes como el orden de las finanzas públicas y la estabilidad macroeconómica, (ii) el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 7° de la Ley 819 de 2003 corresponde al Congreso, pero principalmente al Ministro de Hacienda y Crédito Público, en tanto que *“es el que cuenta con los datos, los equipos de funcionarios y la experticia en materia económica. Por lo tanto, en el caso de que los congresistas tramiten un proyecto incorporando estimativos erróneos sobre el impacto fiscal, sobre la manera de atender esos nuevos gastos o sobre la compatibilidad del proyecto con el Marco Fiscal de Mediano Plazo, le corresponde al Ministro de Hacienda intervenir en el proceso legislativo para ilustrar al Congreso acerca de las consecuencias económicas del proyecto”*, (iii) en caso de que el Ministro de Hacienda y Crédito Público no intervenga en el proceso legislativo u omita conceptuar sobre la viabilidad económica del proyecto no lo vicia de inconstitucionalidad, puesto que este requisito no puede entenderse como un poder de veto sobre la actuación del Congreso o una barrera para que el Legislador ejerza su función legislativa, lo cual *“se muestra incompatible con el balance entre los poderes públicos y el principio democrático”* y (iv) el informe presentado por el Ministro de Hacienda y Crédito Público no obliga a las células legislativas a acoger la posición del Ministro [...]¹¹.

En estos términos, se presenta la posición del Ministerio de Salud y Protección Social en lo relativo a la iniciativa legislativa de la referencia. Se advierte que por las razones expuestas, resulta inconstitucional e inconveniente, toda vez que afectaría ostensiblemente el SGSSS, por tanto, se solicita al honorable Congreso de la República, respetuosamente, su archivo.

Atentamente,



ALEJANDRO GAVIRIA URIBE
Ministro de Salud y Protección Social

CONCEPTO JURÍDICO DEL MINISTERIO DE SALUD AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 69 DE 2016 SENADO

por la cual se establece la cotización en seguridad social de las personas que desarrollan contratos de prestación de servicios.

Bogotá, D. C.

Doctor

GREGORIO ELJACH PACHECO

Secretario General

Senado de la República

Carrera 7ª N° 8-68

Ciudad

Asunto: Concepto sobre el Proyecto de ley número 69 de 2016 Senado, por la cual se establece la cotización en seguridad social de las personas que desarrollan contratos de prestación de servicios.

Señor Secretario:

Teniendo en cuenta que la iniciativa de la referencia está pendiente de surtir debate en la Plenaria de esa Corporación, se hace necesario emitir el concepto institucional desde la perspectiva del Sector Salud y Protección Social. Para tal cometido, se toma como fundamento el texto publicado en la **Gaceta del Congreso** número 511 de 2017.

Al respecto, este Ministerio, en ejercicio de las competencias constitucionales y legales que le asisten, en especial las previstas en el inciso 2 del artículo 208 de la Constitución Política y el numeral 3 del artículo 59 de la Ley 489 de 1998, sin perjuicio de los comentarios que estimen pertinente realizar otras autoridades para las cuales este tema resulte sensible, formula las siguientes observaciones:

1. La propuesta legislativa, en términos generales, dispone:

Artículo 1°. *Objeto.* Mejorar las condiciones de las personas que realizan y desarrollan **contratos de prestación de servicios** haciendo más justo y claro el sistema de contribución, solidaridad e igualdad previniendo la evasión a la seguridad social y evitando responsabilidades fiscales. [Énfasis fuera del texto].

2. Al respecto, es conveniente advertir que en armonía con el artículo 48 de la Constitución Política de 1991, la Ley 100 de 1993 consagró el Sistema de Seguridad Social Integral (SSSI) previendo la cobertura bajo cuatro dispositivos básicos, a saber: i) El Sistema General de Pensiones (SGP), ii) El Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), iii) El Sistema General de Riesgos Profesionales (SGRP), hoy Sistema General de Riesgos Laborales (SGRL)¹²¹ y, iv) Los Servicios Sociales Complementarios (SSC). Para la Corte Constitucional:

[...] Con la Ley 100 de 1993 se creó en el país el llamado sistema de seguridad social integral, con el objeto de garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad, dentro del criterio

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia C-700 de 6 de septiembre de 2010, M. P. Jorge Pretelt Chaljub.

¹²¹ Cfr. Ley 1562 de 2012, por la cual se modifica el Sistema de Riesgos Laborales y se dictan otras disposiciones en materia de Salud Ocupacional.

de una calidad de vida en consonancia con el postulado constitucional de un orden social justo e igualitario, acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación.

También se concibió constitucional y legalmente la seguridad social como un servicio público obligatorio en el que el Estado es el rector y vigilante del mismo, y él y los particulares sus prestadores.

La expresión seguridad social integral tiene un alcance muy claro en la Ley 100 de 1993, en el sentido de que comprende los sistemas generales de pensiones, de salud, de riesgos profesionales y los servicios sociales obligatorios definidos en dicha preceptiva, por manera que no reviste duda alguna que lo que no está comprendido dentro de los respectivos regímenes no hace parte del sistema de seguridad social integral [...]¹³².

Tras esto, también es conducente hacer una aclaración previa, resultando para ello útil retomar la jurisprudencia del máximo Tribunal Constitucional, y la cual consiste en que los contratos de prestación de servicios se caracterizan porque:

[...] la prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer en la cual la autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato; la vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y e[s] indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. Por consiguiente, cuando se ejecutan este tipo de contratos no es admisible exigir el pago de prestaciones sociales propias de la regulación prescrita en el Código Sustantivo del Trabajo [...]¹⁴³.

3. Conforme a lo contemplado en la iniciativa (artículo 2º), cabe resaltar que han existido disposiciones dirigidas a regular un máximo de 40% del valor mensualizado del contrato, como ingreso base de cotización para materializar los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), tal y como se establecía en el artículo 18 de la Ley 1122 de 2007:

Artículo 18. Aseguramiento de los independientes contratistas de prestación de servicios. Los independientes contratistas de prestación de servicios cotizarán al Sistema General de Seguridad Social en Salud el porcentaje obligatorio para salud sobre una base de la cotización máxima de un 40% del valor mensualizado del contrato. El contratista podrá autorizar a la entidad contratante el descuento y

pago de la cotización sin que ello genere relación laboral [...].

Cabe anotar que el citado precepto fue derogado en virtud del artículo 267 de la Ley 1753 de 2015, por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”, norma que a su vez hace parte del ordenamiento jurídico y la cual prevé dentro de su articulado:

Artículo 135. Ingreso Base de Cotización (IBC) de los independientes. Los trabajadores independientes por cuenta propia y los independientes con contrato diferente a prestación de servicios que perciban ingresos mensuales iguales o superiores a un (1) salario mínimo mensual legal vigente (smmlv), cotizarán mes vencido al Sistema Integral de Seguridad Social sobre un ingreso base de cotización mínimo del cuarenta por ciento (40%) del valor mensualizado de sus ingresos, sin incluir el valor total del Impuesto al Valor Agregado (IVA), cuando a ello haya lugar, según el régimen tributario que corresponda. Para calcular la base mínima de cotización, se podrán deducir las expensas que se generen de la ejecución de la actividad o renta que genere los Ingresos, siempre que cumplan los requisitos del artículo 107 del Estatuto Tributario.

En caso de que el ingreso base de cotización así obtenido resulte inferior al determinado por el sistema de presunción de ingresos que determine el Gobierno Nacional, se aplicará este último según la metodología que para tal fin se establezca y tendrá fiscalización preferente por parte de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP). No obstante, el afiliado podrá pagar un menor valor al determinado por dicha presunción siempre y cuando cuente con los documentos que soportan la deducción de expensas, los cuales serán requeridos en los procesos de fiscalización preferente que adelante la UGPP.

En el caso de los contratos de prestación de servicios personales relacionados con las funciones de la entidad contratante y que no impliquen subcontratación alguna o compra de insumos o expensas relacionados directamente con la ejecución del contrato, el ingreso base de cotización será en todos los casos mínimo el 40% de valor mensualizado de cada contrato, sin incluir el valor total del Impuesto al Valor Agregado (IVA), y no aplicará el sistema de presunción de ingresos ni la deducción de expensas. Los contratantes públicos y privados deberán efectuar directamente la retención de la cotización de los contratistas, a partir de la fecha y en la forma que para el efecto establezca el Gobierno nacional.

Cuando las personas objeto de la aplicación de la presente ley perciban ingresos de forma simultánea provenientes de la ejecución de varias actividades o contratos, las cotizaciones correspondientes serán efectuadas por cada

^{13 2} Corte Constitucional, Sentencia C-1027 de 27 de noviembre de 2002, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

^{14 3} Corte Constitucional, Sentencia T-903 de 12 de noviembre de 2010, M. P. Juan Carlos Henao Pérez.

uno de los ingresos percibidos de conformidad con la normatividad aplicable. Lo anterior en concordancia con el artículo 5° de la Ley 797 de 2003.

4. En cuanto al artículo 4° del proyecto, no es claro el alcance de la expresión “[...] *se paga mes vencido* [...]” por lo que es menester señalar lo siguiente:

La Ley 100 de 1993, como ya se enunció, crea los sistemas de pensiones, salud y riesgos laborales, además establece las obligaciones del Estado, las instituciones y la sociedad, las fuentes de recursos que permiten el pago de las prestaciones económicas y el cumplimiento progresivo de los planes y programas, que se diseñan para la cobertura integral de las contingencias que atentan contra la salud y la capacidad económica de la población.

Estos sistemas, si bien están integrados en un cuerpo normativo y los cobijan los mismos principios, tienen objetivos diferentes por lo que su regulación debe enmarcarse dentro de la ley, teniendo en cuenta que las contingencias que existen en cada uno de los sistemas son diferentes y, por tanto, el manejo del riesgo no es idéntico.

El SGP tiene como objetivo amparar a la población de las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de una pensión y las prestaciones previstas en este; por su parte, los objetivos del SGSSS, son regular el servicio público esencial de salud y crear condiciones de acceso en toda la población al servicio en todos los niveles de atención. Por último, el SGRL determina las actividades de promoción y prevención con el fin de mejorar las condiciones de trabajo y salud de la población trabajadora, protegiéndola contra los riesgos, así como reconocer y pagar las prestaciones económicas que se derivan por incapacidad temporal o permanente a que haya lugar, siempre que se deriven de los accidentes de trabajo o enfermedad laboral y muerte de origen laboral.

Desde esta perspectiva, hay que indicar que las cotizaciones al SSSI son de naturaleza parafiscal y además de constituir un esfuerzo individual cumplen una función importante inspirada en el principio de solidaridad cual es contribuir a su financiación como un todo, en otras palabras, no implican necesariamente una contraprestación directa y no tiene como propósito una contraprestación directa para el cotizante y su grupo familiar, sino que contribuyen a financiar los subsidios a la cotización en pensiones, y el régimen subsidiado de salud para las personas sin capacidad de pago y la población vulnerable.

Así mismo, es necesario expresar que si bien los sistemas de salud, pensiones y riesgos laborales operan bajo unos principios rectores que los orientan, el esquema de aseguramiento del riesgo ha sido regulado con sus propias

especificaciones en cada uno, teniendo presente que las contingencias que existen son disímiles y por lo tanto el riesgo no es el mismo.

En lo que tiene que ver con el SGSSS, el artículo 202 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 30 de la Ley 1607 de 2012, al definir el régimen contributivo, determina que la vinculación a este se hace a través del **pago de una cotización, individual y familiar, o un aporte económico previo**, a su vez el artículo 205 *ibidem* de manera expresa autoriza el giro de la UPC solamente cuando se haya pagado de manera íntegra y oportuna, la cotización mensual correspondiente. Estos preceptos claramente exigen el pago previo de la cotización a salud, la cual se realiza sobre el ingreso percibido en el mes anterior, por lo que el concepto de “mes vencido” se debe entender como la realización del pago una vez el contratista ha percibido el ingreso en el mes anterior, pero el riesgo salud que cubre corresponde al del mes siguiente; en otros términos, se debería operar como si se tratara de un trabajador dependiente.

Lo contenido en las disposiciones citadas se sustenta en el hecho de que en el Régimen Contributivo del SGSSS para asegurar la prestación del servicio y atender las contingencias que pueden ser imprevisibles, debe anteceder el pago de las cotizaciones correspondientes.

Una interpretación distinta conllevaría para el SGSSS una afectación en el flujo de recursos que se giran a las Entidades Promotoras de Salud (EPS) en el proceso de compensación, lo cual permite garantizar la prestación de los servicios de salud y el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas; este proceso se financia semanalmente a partir de las cotizaciones que se van recaudando a través de la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes (PILA).

Bajo este entendido, es importante traer a colación algunos apartes de una providencia emitida por el Consejo de Estado, en dicho pronunciamiento se niegan las pretensiones de una demanda de nulidad propuestas contra el Decreto 2236 de 1999 expedido por el Gobierno Nacional, *in extenso*:

[...] De lo anterior se sigue que la relación entre el sistema de seguridad social y el cotizante no es una relación individual, sino que debe mirarse el grupo que pertenece al sistema, pues por tratarse de una relación colectiva dentro de un sistema, lo que a uno acontezca interesa a los demás. Así en la exigencia de buena fe que debe gobernar las relaciones entre el Estado y los asociados debe involucrarse los derechos y situaciones de todos los miembros del sistema, afectada potencialmente por la sostenibilidad del sistema. Puestas en esta dimensión las cosas, la exigencia para que los aportes se hagan anticipadamente, no tiene como explicación la desconfianza en el ciudadano, sino que hay detrás de ella razones

técnicas como la sostenibilidad del sistema y los derechos de las demás personas que pertenecen al mismo, cobijadas por el principio de solidaridad que le es propio.

Las cotizaciones obligatorias en salud y en pensiones, a diferencia de lo que ocurre con los aportes a riesgos profesionales, realizan el principio de solidaridad, pues una parte de las cotizaciones financian la subcuenta de solidaridad del Fosyga⁴, con la cual se proveen fondos para la operación del Régimen Subsidiado de Seguridad Social en Salud. Igual acontece con aquella parte de las cotizaciones que van al Fondo de Solidaridad Pensional que financia los subsidios para completar el aporte mínimo obligatorio en pensiones, así como las pensiones de subsistencia, en el segundo caso, todo lo cual muestra algunas diferencias entre los sistemas, pero de modo singular la solidaridad propia del sistema de salud que, se repite, no puede mirarse como un asunto que compromete al ciudadano y a la administración con exclusión de los demás. La Corte Constitucional⁵ definió los perfiles del aseguramiento en salud y del destino de las cotizaciones. Dijo ese alto Tribunal:

“es un error que se deriva de equiparar el Plan obligatorio de Salud POS con un contrato tradicional de seguro”. La función del aseguramiento tal como fue definida por la Ley 1122 de 2007 a cargo de las EPS puede asimilarse a las obligaciones derivadas de un contrato de aseguramiento especial en el que las EPS administran los riesgos de la población afiliada y realizan una actividad aseguradora. Pero no se trata de un contrato de seguro clásico debido a que “en primer lugar, construye un manejo financiero de prestación media para todos por igual, tanto para el régimen contributivo, como para el régimen subsidiado, y en segundo lugar, los recursos, una vez son captados por el Sistema de Salud, no le pertenecen a quien los cancela, sino al sistema en general. Las cotizaciones que hacen los afiliados al sistema de salud no se manejan como cuentas individuales en donde existe una relación conmutativa entre lo que se paga y lo que se recibe. Estos aspectos, de la relación entre afiliados y asegurador distinguen de fondo el contrato de aseguramiento en salud del contrato de seguros tradicional”.

Como parte de la acusación, también ha planteado la demandante que el decreto demandado introduce una diferencia irrazonable entre el sistema de salud y el de pensiones y riesgos profesionales, que a su juicio deben ser iguales en todo. A pesar del énfasis del actor en

mostrar la identidad de los sistemas, no está de más señalar que ellos presentan aristas diferentes y que así ha sido admitido por la jurisprudencia del Consejo de Estado, que sobre este particular ha dicho⁶:

“No debe olvidarse que el servicio de salud, a diferencia de la pensión que es una expectativa futura, tiene cobertura actual para sus beneficiarios y por ello mismo la garantía de su sostenibilidad rige para el presente. Ello, por sí mismo, justifica la previsión que excluye de la liquidación de la pensión aquellos aportes que excedan los realizados al Sistema de Seguridad Social en Salud, tratándose de trabajadores que comportan la doble condición de dependientes e independientes, pues son ellos quienes tienen el deber de informar que adicionalmente a su salario captan ingresos como independientes o por prestación de servicios”.

La pensión, a diferencia de la cotización para la salud, constituye una expectativa, una especie de ahorro que se consolida cuando se cumplen los requisitos para adquirir el derecho, es decir el número mínimo de semanas cotizadas y la edad de jubilación. Por su parte, los riesgos profesionales están a cargo del empleador para el caso de los trabajadores dependientes, sean grandes o pequeños aportantes, mientras que los trabajadores independientes tan solo deben cotizar a riesgos profesionales en los casos excepcionales previstos por la ley, circunstancias que muestran que sí hay diferencias entre los sistemas, a pesar de tratarse de una unidad.

Al contrario de lo que acontece con Pensiones y Riesgos Profesionales, en el Régimen Contributivo la atención en salud que se garantiza por medio de los aportes o cotizaciones obligatorias, este ofrece su amparo en urgencias desde el día siguiente a la afiliación, durante los primeros 30 días de la afiliación, y todos los demás servicios que no estén sometidos al período de carencia durante las primeras 26 semanas de cotización. En síntesis, como los costos de las coberturas de los riesgos en salud del POS⁷ son inmediatos, pues usualmente el afiliado viene de otra EPS o del régimen subsidiado y completa las 26 semanas en casi todos los casos, son casi nulos los periodos de carencia, frente a lo cual tiene plena explicación en un contexto de cobertura universal, que la cotización sea anticipada pues la cobertura es instantánea.

El Legislador, en el artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, que modificó parcialmente la Ley 100 de 1993, definió la naturaleza del aseguramiento en

⁴ Cfr. Decreto número 1429 de 2016, por el cual se modifica la estructura de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES) y se dictan otras disposiciones, modificado por los Decretos número 546 y 1264, ambos de 2017.

⁵ Sentencia C-828 de 2001, ponencia del magistrado Jaime Córdoba Triviño.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia del 13 de julio de 2006, radicación 11001 0325000200400019701 (3818-04). Consejera Ponente: Ana Margarita Olaya Forero.

⁷ Cfr. Resolución número 6408 de 2016, por la cual se modifica el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC).

salud a cargo de las EPS, de cuyo texto se aprecia cómo hay un traslado inmediato del riesgo del afiliado a la EPS. Refiere el artículo 14 citado que:

“Artículo 14. Organización del Aseguramiento. Para efectos de esta ley entiéndase por aseguramiento en salud, la administración del riesgo financiero, la gestión del riesgo en salud, la articulación de los servicios que garantice el acceso efectivo, la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud y la representación del afiliado ante el prestador y los demás actores sin perjuicio de la autonomía del usuario. Lo anterior exige que el asegurador asuma el riesgo transferido por el usuario y cumpla con las obligaciones establecidas en los Planes Obligatorios de Salud...”

Lo remarcado de la norma citada, muestra que si el traslado del riesgo se produce tan pronto se hace la afiliación o el traslado, tiene sentido que el pago no se haga una vez vencido el primer mes, sino de manera anticipada, como prevé el decreto acusado, pues si el riesgo se traslada de manera inmediata, cómo podría justificarse que el pago sea diferido para después [...] ⁸. [Énfasis fuera del texto].

Tras esto, cabe manifestar que es distinta la situación en el SGP, en el cual la pensión constituye una expectativa hasta cuando se cumplan los requisitos para adquirir el derecho, con independencia de que el pago de las cotizaciones se efectúe de manera anticipada o vencida.

Así las cosas y para evitar interpretaciones frente a la expresión del “pago mes vencido” en las cotizaciones al SGSSI, una mejor redacción sería la siguiente:

Artículo 4º Pago de cotizaciones en el Sistema Integral de Seguridad Social para los trabajadores independientes con contratos de prestación de servicios. El pago de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social Integral de los trabajadores independientes con contratos de prestación de servicios se efectuará mes vencido, por períodos mensuales teniendo en cuenta los ingresos percibidos en el mes anterior a través de la Planilla Integral de Liquidación de Aportes (PILA).

El pago que se realice al Sistema General de Seguridad Social en Salud, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 202 de la Ley 100 de 1993, se aplicará al mes siguiente al que corresponde la percepción de los ingresos por los cuales cotiza el trabajador independiente: en los sistemas generales de pensiones y de riesgos laborales el pago se aplicará al mes por el cual se percibieron los respectivos ingresos.

En ningún caso, las entidades contratantes, públicas y privadas, podrán exigir a los contratistas,

al momento de la suscripción del contrato, el pago previo de los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral.

Parágrafo. Lo señalado en el presente artículo será aplicable a los contratos de prestación de servicios que se suscriban a partir de la vigencia de la presente ley. En los contratos vigentes y sus prórrogas, hasta su terminación, se deberá efectuar el pago de los aportes de acuerdo con la norma vigente a la fecha de su suscripción.

5. En cuanto al contenido del artículo 5º, que establece:

Artículo 5º. En el caso de los contratistas, las EPS presumirán que el no pago de la cotización se debe a la terminación del contrato.

En caso de que el contrato termine o no se renueve y el contratista haya tenido ingresos inferiores a 4 salarios mínimos mensuales legales vigentes, deberá permanecer en el régimen subsidiado siempre que cumpla con los requisitos de dicho régimen.

Sobre el particular, es preciso tener en cuenta que todas las personas independientes con contratos de prestación de servicios, son cotizantes obligatorios y por ende, deben contribuir con la financiación, no solamente de sus propios beneficios en salud, sino también con los de la población más desfavorecida y vulnerable.

Así mismo, los contratistas, al igual que todos los demás afiliados cotizantes al Sistema, tienen una responsabilidad frente a la sostenibilidad financiera del mismo, en consonancia con el principio de solidaridad de que trata el artículo 48 de la Constitución Política, que en su tenor literal, consagra:

[...] La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley [...] [Énfasis fuera del texto].

La Corte Constitucional, por su parte, ha puntualizado que en virtud de esa directriz todos los partícipes del SGSSS deben contribuir a su sostenibilidad con el fin de preservar el sistema en su conjunto. En ese sentido, el Alto Tribunal determinó:

[...] en relación con la aplicación del principio de solidaridad en materia de seguridad social, la Corte ha considerado que (i) este permite que el derecho a la seguridad social se realice, si es necesario, a través de la exigencia de prestaciones adicionales por parte de las entidades que han cumplido con todas sus obligaciones prestacionales, conforme a lo establecido en las leyes [...] el principio aludido también impone un compromiso sustancial del Estado en cualquiera de sus niveles (Nación, departamento, municipio), así como de los empleadores públicos y privados en la protección, efectiva de los derechos

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sent. de 6 de abril de 2011, rad. 11001-03-25-000-2009- 00038-00(0901-09), C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

fundamentales de los trabajadores y de sus familias; (ii) implica que todos los partícipes de este sistema deben contribuir a su sostenibilidad, equidad v eficiencia, lo cual explica que sus miembros deban en general cotizar, no sólo para poder recibir los distintos beneficios, sino además, para preservar el sistema en su conjunto; (iii) la ley puede, dentro de determinados límites, estructurar la forma cómo los distintos agentes deben cumplir con su deber de solidaridad; (iv) los aportes deben ser fijados de conformidad con criterios de progresividad, que permitan que quienes más capacidad contributiva tengan, aporten en proporciones mayores; (v) si bien es uno de aquellos considerados fundamentales por el primer artículo de la Constitución, no tiene por ello un carácter absoluto, ilimitado, ni superior frente a los demás que definen el perfil del Estado Social de Derecho, sino que la eficacia jurídica de otros valores, principios y objetivos constitucionales puede acarrear su restricción, mas no su eliminación; (vi) conforme a lo prescrito por el artículo 95 superior, el principio de solidaridad genera deberes concretos en cabeza de las personas, no puede en cambio hablarse de correlativos derechos subjetivos concretamente exigibles en materia de seguridad social, emanados directamente de tal principio constitucional; (vii) no es tan amplio el principio de solidaridad social dispuesto en nuestra Carta Política, como para suponer en toda persona el deber de responder con acciones humanitarias, sin límite alguno, ante situaciones que pongan en peligro su vida o la salud de los demás; (viii) exige la ayuda mutua entre las personas afiliadas, vinculadas y beneficiarias, independientemente del sector económico al cual pertenezcan, y sin importar el estricto orden generacional en el cual se encuentren; (ix) implica las reglas según las cuales el deber de los sectores con mayores recursos económicos de contribuir al financiamiento de la seguridad social de las personas de escasos ingresos, y la obligación de la sociedad entera o de alguna parte de ella, de colaborar en la protección de la seguridad social de las personas que por diversas circunstancias están imposibilitadas para procurarse su propio sustento y el de su familia; y (x) se pueden aumentar razonablemente las tasas de cotización, siempre y cuando no vulneren los derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida digna [...]”.^{9, 10} [Énfasis fuera del texto].

Ahora bien, en desarrollo del mandato constitucional, es dable recordar que por medio de la Ley 100 de 1993 –como ya se anotó en acápites precedentes–, se creó el SSSI, definiéndose

como un “conjunto de instituciones, normas y procedimientos de que disponen la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad”.

Igualmente, en el artículo 6° de la Ley 100 se establecieron como objetivos del SSSI los siguientes:

1. Garantizar las prestaciones económicas y de salud a quienes tienen una relación laboral o capacidad económica suficiente para afiliarse al sistema.
2. Garantizar la prestación de los servicios sociales complementarios en los términos de la presente ley.
3. Garantizar la ampliación de cobertura hasta lograr que toda la población acceda al sistema, mediante mecanismos que en desarrollo del principio constitucional de solidaridad, permitan que sectores sin la capacidad económica suficiente como campesinos, indígenas y trabajadores independientes, artistas, deportistas, madres comunitarias, accedan al sistema y al otorgamiento de las prestaciones en forma integral.

Adicionalmente, en el artículo 8° se preceptúa que el SSSI “es el conjunto armónico de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos y está conformado por los regímenes generales establecidos para pensiones, salud, riesgos profesionales¹¹ y los servicios sociales complementarios que se definen en la presente ley”.

Bajo esta perspectiva, en lo atinente al SGSSS, cabe resaltar que el mismo se estructura sobre la base de dos regímenes:

(i) Régimen Contributivo¹²: Definido como el conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos y las familias al SGSSS, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización, individual v familiar, o un aporte económico previo financiado directamente por el afiliado o en concurrencia entre este y su empleador; donde por disposición del mismo legislador deben afiliarse las personas con capacidad de pago, esto es, las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y

⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-1000 de 21 de noviembre de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

¹⁰ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencias T-434 de 30 de mayo de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil; C- 459 de 11 de mayo de 2004, M.P. Jaime Araújo Rentería; *inter alia*.

¹¹ Hoy Sistema General de Riesgos Laborales. Cfr. Ley 1562 de 2012, por la cual se modifica el Sistema de Riesgos Laborales y se dictan otras disposiciones en materia de Salud Ocupacional.

¹² Cfr. artículo 202 de la Ley 100 de 1993.

los trabajadores independientes con capacidad de pago, así como los rentistas de capital.

En concreto, sobre el carácter que tienen las cotizaciones al SGSSS se ha indicado:

[...] La Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia ha atribuido a las cotizaciones efectuadas al Sistema de Seguridad Social en Salud, el carácter de contribuciones parafiscales, definidas como gravámenes establecidos con carácter obligatorio por la ley para un determinado sector, en que tales recursos se utilizan en su beneficio [...] Las contribuciones parafiscales no son otra cosa que un instrumento de intervención del Estado en la economía destinado a extraer recursos de un sector económico, para ser invertidos en el propio sector [...] ¹³. [Énfasis fuera del texto].

Sobre este aspecto, es necesario precisar al lado del Alto Tribunal que las contribuciones parafiscales, en tanto gravámenes, se encuentran ineludiblemente sujetas, como cualquier otro tributo a los principios de legalidad, reserva de ley, progresividad, equidad y eficiencia.

Es más, para el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, refiriéndose al carácter parafiscal de las cotizaciones al SGSSS, ha enunciado:

[...] debe recordarse la naturaleza parafiscal que tienen las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud, como mecanismo de financiación obligatorio en proporción a la capacidad económica de cada uno de los aportantes, como lo ha reiterado la jurisprudencia constitucional y lo recoge especialmente la Sentencia C-1000 de 2007 con ponencia del Magistrado Humberto Antonio Sierra Porto [...].

[...] Esto significa que las cotizaciones no son voluntarias ni constituyen un derecho a favor del cotizante. Sin embargo, por su naturaleza parafiscal cumplen la función de contribuir a la financiación del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Dicha financiación no tiene como propósito una contraprestación directa a cambio del aporte o cotización sino la cobertura de los riesgos del sistema previamente definidos por las normas vigentes.

En esa medida, el pago de las cotizaciones en salud son contribuciones obligatorias y, además, inspiradas en el principio de solidaridad porque con ellas se contribuye a la financiación del Sistema como un todo, y sus aportes no implican necesariamente una contraprestación directa para el cotizante, sino que contribuyen a financiar el Régimen Contributivo y a cofinanciar el Régimen Subsidiado [...] ¹⁴. [Énfasis fuera del texto].

(ii) Régimen Subsidiado¹⁵: Definido como el conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos al SGSSS, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización subsidiada, total o parcialmente, con recursos fiscales o de solidaridad, el cual tiene como propósito financiar la atención en salud a las personas pobres y vulnerables y sus grupos familiares que no tienen capacidad de cotizar.

Naturalmente, la ley determinó como población prioritaria para su afiliación al régimen subsidiado las personas pobres y vulnerables del país, es decir, las clasificadas en los niveles I o II del Sisbén y las poblaciones especiales, tales como personas en condición de desplazamiento; población infantil abandonada a cargo del ICBF; menores desvinculados del conflicto armado; comunidades indígenas; negritudes; personas mayores en centros de protección; población rural migratoria; personas del programa de protección a testigos; indigentes y población gitana (conocida como ROM), entre otros.

Así las cosas, se hace notorio cómo desde la creación del SGSSS, se estipula la afiliación obligatoria al Régimen Contributivo de las personas con capacidad de pago como lo son aquellas que celebran contratos de prestación de servicios; en tanto que la afiliación al Régimen Subsidiado se concibió para garantizar el acceso y continuidad a los servicios de salud de la población pobre y vulnerable sin capacidad de pago.

A todo esto, y en desarrollo de lo establecido en el artículo 35 de la Ley 1438 de 2011, al igual que en otras materias, el Ministerio de Salud y Protección Social reglamentó¹⁶ la movilidad, entendida como el cambio de régimen dentro de la misma EPS para los afiliados en el SGSSS de los afiliados al régimen subsidiado, en virtud de la cual, los afiliados al régimen subsidiado podrán cambiar de un régimen a otro con su núcleo familiar, sin solución de continuidad, manteniendo su inscripción en la misma EPS.

De este modo, los afiliados al régimen subsidiado que perciban ingresos sobre los cuales se encuentren en la obligación legal de cotizar al Régimen Contributivo, como sería los provenientes de un contrato de prestación de servicios, podrán mantener su afiliación en la misma EPS haciendo movilidad al Régimen Contributivo y una vez terminado el mismo, siempre que reporte la novedad de movilidad a la EPS, mantendrá la continuidad de la prestación de los servicios de salud como afiliado al régimen subsidiado.

Por otra parte, debe recordarse que de conformidad con la normativa vigente que regula el SSSI es deber de los aportantes reportar a

¹³ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-430 de 1º de julio de 2009, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

¹⁴ *Gaceta del Congreso* número 519 de 28 de octubre de 2014.

¹⁵ Cfr. artículo 211 de la Ley 100 de 1993.

¹⁶ Cfr. Decreto número 780 de 2016, por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social.

las administradoras del sistema, a través del mecanismo establecido, las novedades que afecten su condición económica y su estado de afiliación; por lo tanto, no es aceptable la presunción que pretende establecer el citado artículo, la cual contraviene los preceptos que regulan el SSSI.

6. Finalmente, en el PL 069/16 (S) tampoco se alude al efecto financiero de que trata el artículo 7° de la Ley 819 de 2003, *por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones*, y por ende, es factible que, dentro del *iter* legislativo se exteriorice dicha falencia. Sobre el particular, la Corte Constitucional ha señalado:

[...] Del anterior recuento jurisprudencial pueden deducirse las siguientes subreglas: (i) las obligaciones previstas en el artículo 7° de la Ley 819/03 constituyen un parámetro de racionalidad legislativa, que cumple fines constitucionalmente relevantes como el orden de las finanzas públicas y la estabilidad macroeconómica, (ii) el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 7° de la Ley 819 de 2003 corresponde al Congreso, pero principalmente al Ministro de Hacienda y Crédito Público, en tanto que *“es el que cuenta con los datos, los equipos de funcionarios y la experticia en materia económica. Por lo tanto, en el caso de que los congresistas tramiten un proyecto incorporando estimativos erróneos sobre el impacto fiscal, sobre la manera de atender esos nuevos gastos o sobre*

la compatibilidad del proyecto con el Marco Fiscal de Mediano Plazo, le corresponde al Ministro de Hacienda intervenir en el proceso legislativo para ilustrar al Congreso acerca de las consecuencias económicas del proyecto”, (iii) en caso de que el Ministro de Hacienda y Crédito Público no intervenga en el proceso legislativo u omita conceptuar sobre la viabilidad económica del proyecto no lo vicia de inconstitucionalidad, puesto que este requisito no puede entenderse como un poder de veto sobre la actuación del Congreso o una barrera para que el Legislador ejerza su función legislativa, lo cual *“se muestra incompatible con el balance entre los poderes públicos y el principio democrático”* y (iv) el informe presentado por el Ministro de Hacienda y Crédito Público no obliga a las células legislativas a acoger la posición del Ministro [...] ¹⁷.

Lo anterior sin perjuicio de la intervención que este llamado a realizar el Ministro de Hacienda y Crédito Público, en cualquier tiempo del trámite legislativo, en materia fiscal.

En estos términos, se presenta la posición del Ministerio de Salud y Protección Social en lo relativo a la iniciativa de la referencia. Se encuentra que por las razones expuestas de orden constitucional y de inconveniencia,

particularmente lo relativo al Sistema General de Seguridad Social en Salud, se tornaría inviable.

Atentamente,


ALEJANDRO GAVIRIA URIBE
Ministro de Salud y Protección Social

**CONCEPTO JURÍDICO DE LA
DEFENSORÍA DEL PUEBLO AL
PROYECTO DE LEY NÚMERO 61 DE 2017
SENADO**

por el cual se prohíbe el uso de asbesto en el territorio nacional y se establecen garantías de protección a la salud de los colombianos frente a sustancias nocivas.

Bogotá, D. C., 9 de octubre de 2017

Honorable Senadora

NADIA BLEL SCAFF

Presidenta

Comisión Séptima de Senado

Edificio Nuevo del Congreso Oficina 241B

Ciudad

Honorable Senadora:

Asunto: Concepto Proyecto de ley número 61 de 2017, por el cual se prohíbe el uso de asbesto en el territorio nacional y se establecen garantías de protección a la salud de los colombianos frente a sustancias nocivas.

La Defensoría del Pueblo como institución nacional de derechos humanos, responsable de impulsar la efectividad de los derechos humanos mediante diferentes acciones integradas, relacionadas con la promoción, prevención y divulgación de los derechos, se permite presentar concepto sobre el proyecto de ley relacionado en el asunto, por considerar que el objeto del mismo tiene relación directa con la protección de diversos derechos humanos como lo son la vida, la integridad humana, la salud, el medio ambiente, entre otros.

En Proyecto de ley número 061 de 2017, radicado el 2 de agosto de 2017 en el Senado de la República y publicado en la **Gaceta del Congreso** número 645 de 2017, tiene por objeto preservar la vida y la salud de todos los habitantes del territorio nacional frente a los riesgos que representa la exposición al asbesto y sustancias reconocidas científicamente como nocivas para la salud pública colectiva e individual (artículo 1°).

Este proyecto de ley tiene como fundamento la inadecuada regulación nacional sobre la materia, pues a nivel mundial se ha establecido que este mineral no solo tiene efectos nocivos para la salud y la vida de los trabajadores de esta industria, sino para el ambiente y la población en general. Así, la

¹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-700 de 6 de septiembre de 2010, M. P. Jorge Pretelt Chaljub.

exposición al asbesto puede producir ciertos tipos de cáncer, entre ellos el mesotelioma. Conforme a las cifras obtenidas por el *Italian National Asbestos Project*¹ de análisis realizado a las cifras de mortalidad de la Organización Mundial de la Salud para 2009, se pudo constatar que en Colombia mueren aproximadamente 255 personas cada cinco años a causa de mesotelioma.

La prohibición general de su producción y uso ha sido promovida por la Organización Mundial de la Salud (OMS) debido a sus efectos sobre la salud y la vida, razón por la cual está prohibido el uso de cualquier tipo de asbesto en aproximadamente 56 países. No obstante, en los países en los que aún se utiliza no existe consenso sobre los efectos de la exposición, puesto que el argumento expuesto, principalmente por las industrias de este mineral, es que no existen riesgos a partir de un uso industrial responsable, que la exposición a pequeñas cantidades no genera riesgos para la salud, y que los materiales que pueden ser utilizados en su reemplazo presentan igualmente riesgos para la salud.

La Defensoría del Pueblo encuentra que, desde la perspectiva de los derechos humanos, el Proyecto de Ley es acorde con la obligación del Estado de proteger, entre otros, los derechos a la vida y la salud.

1. SOBRE LAS OBLIGACIONES ESTATALES EN MATERIA DE ASBESTO

Desde la perspectiva de los derechos humanos, Colombia se ha comprometido constitucional e internacionalmente con el respeto y protección (garantía) de los derechos de las personas bajo su jurisdicción. De esta manera, el marco constitucional e internacional impone a las autoridades públicas adoptar las medidas legislativas, administrativas o de cualquier otro tipo para cumplir con dichas obligaciones.

Con base en lo anterior, en opinión de la Defensoría del Pueblo, el Estado se encuentra sujeto a obligaciones generales y específicas en relación con la explotación y uso de asbesto y el Proyecto de ley en discusión debe estar acorde con dichas obligaciones. A continuación se describen dichas obligaciones.

1.1. LA OBLIGACIÓN GENERAL DEL ESTADO PARA LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS A LA SALUD, EL TRABAJO, LA VIDA Y EL MEDIO AMBIENTE EN LA EXPLOTACIÓN, PRODUCCIÓN, COMERCIALIZACIÓN Y USO DE FIBRAS DE ASBESTO

La obligación general del Estado colombiano y sus instituciones de proteger los derechos humanos es un elemento definitorio de nuestra Constitución Política, que se desprende de varias

de sus disposiciones (Preámbulo y artículos 1, 2, 12, 29, 93, 228 y 229), pero también de los tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos por Colombia y que integran el bloque de constitucionalidad².

Esta obligación ha sido desarrollada en extenso por las instancias internacionales competentes, entre ellas el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como por nuestras altas cortes, las cuales han concluido que su alcance comporta, entre otras cosas, las siguientes acciones concretas, por parte de los Estados:

- Adoptar o expedir, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades, incluyendo prácticas conducentes³.
- Suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en tratados internacionales⁴.
- Realizar actividades concretas para que las personas puedan disfrutar de sus derechos, y por tanto garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos⁵.
- Organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos⁶, y
- Procurar el restablecimiento el derecho vulnerado (de ser posible) y reparar los daños producidos por la violación de los derechos humanos.

² Entre ellos, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (preámbulo y artículo 28); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) (artículos 2.1 y 3°), y; la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 1.1 y 2°).

³ Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 2°.

⁴ Corte IDH. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C número 73. Párr. 85.

⁵ ONU. Comité de Derechos Humanos. Observación General número 3, Aplicación del Pacto a nivel nacional (artículo 2°), 13° periodo de sesiones, Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 140 (1981).

⁶ Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Sentencia del 29 de julio de 1988, Fondo, párr. 166, y Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Sentencia del 27 de junio de 2012, Fondo y Reparaciones, párr. 166 y Caso Vélez Restrepo contra Colombia, sentencia del 3 de septiembre de 2012 párr. 126.

¹ Roberto Pasetto y Otros. Occupational Burden of Asbestos-relates Cancer in Argentina, Brazil, Colombia and México. Italian National Asbestos Project. 2014.

De manera similar, la Corte Constitucional ha señalado en diversas providencias, disponer todo lo que esté a su alcance para garantizar el goce efectivo de los derechos, lo cual implica, al menos las siguientes obligaciones particulares: (i) prevenir la vulneración de los derechos fundamentales; (ii) tutelarlos de manera efectiva; (iii) garantizar la reparación y la verdad, e; (iv) investigar, juzgar y en su caso sancionar las graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario⁷.

En el ámbito nacional también se ha desarrollado la obligación de protección con elementos de responsabilidad para el Estado. Así por ejemplo, el Consejo de Estado, en sentencia del año 2016, analizó la responsabilidad administrativa por los perjuicios causados al fumigar con glifosato. En esta decisión el Consejo de Estado reconoció que no hubo falla del servicio, pues la aspersión se realizó respetando las normas y regulaciones vigentes, no obstante hubo daño y por ello concluyó lo siguiente: “el empleo del glifosato como medio policivo para erradicar cultivos ilícitos constituye una actividad riesgosa. Se indica que el empleo del glifosato tiene la potencialidad de producir daños ambientales indiscriminados, susceptibles de causar también perjuicios individuales, así como de eventualmente dañar la integridad física de los habitantes del territorio nacional, lo que comporta un riesgo excepcional que amerita ser reparado. Además, se precisa que en los eventos en los cuales no se demostró una falla de servicio, pero que, sin embargo, se produjo un daño antijurídico imputable al estado por cuenta de la aspersión aérea de glifosato, se señala que dicha actividad, por su naturaleza, produce riesgos ambientales. Por tanto, a la entidad creadora de la actividad peligrosa le corresponde reparar los daños antijurídicos causados por la configuración del riesgo excepcional que esta entraña, sin que sea necesario acreditar dentro del plenario que incumplió los deberes de cuidado que le eran exigibles”⁸.

De esta manera, con la regulación actual de uso controlado de asbesto no solo están expuestos los derechos de las personas a la vida, la salud y el medio ambiente, sino el propio Estado en términos de responsabilidad administrativa, dado que este ya ha reconocido los riesgos del uso del asbesto, con lo cual las actividades asociadas a este uso se podrían calificar como peligrosas, lo que podría causar responsabilidad administrativa por riesgo excepcional. Así, el proyecto de ley elimina a futuro esta posibilidad, previniendo no solo los daños en los derechos sino reclamaciones indemnizatorias en contra del Estado.

El Estado se encuentra en la obligación de proteger los derechos de las personas a través de

medidas que salvaguarden sus derechos, incluso respecto de las relaciones entre particulares. Por tanto, la ausencia de regulación de actividades de particulares que afecten la salud puede resultar contraria a la obligación estatal de respetar el derecho a la salud⁹.

En consecuencia, el Estado debe adoptar las medidas necesarias y proporcionales para proteger el derecho a la salud y la vida de las personas bajo su jurisdicción; de lo contrario, podría estar incumpliendo con su obligación constitucional e internacional de proteger los derechos humanos.

En esta línea, investigaciones científicas¹⁰ han demostrado que la exposición a asbesto causa graves daños a la salud, como cáncer, dentro de los cuales se deben destacar, el mesotelioma, cáncer de pulmón, cáncer de laringe, cáncer de ovario, entre otros.

El asbesto se considera un riesgo latente para la salud y la vida de toda la población, pues conforme a las cifras reportadas por la OMS¹¹ al menos 400 personas mueren al año por exposición no ocupacional al asbesto; al respecto la OIT¹², en la 95 Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, adoptó una recomendación relacionada con la supresión futura del asbesto y la identificación y administración segura del asbesto que se encuentra instalado, para proteger la salud de los trabajadores y garantizar que en el futuro no se presenten más muertes por asbesto.

Es preciso destacar que el periodo de manifestación de enfermedades derivadas de la exposición al asbesto es bastante amplio¹³, así tenemos que “el periodo de latencia excepcionalmente largo entre la exposición y el desarrollo de mesotelioma, que con frecuencia es hasta de 40 años. Por esta razón, la carga de enfermedades relacionadas con el asbesto

⁹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General número 14 (2000). *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*. Párrafo 51.

¹⁰ Roberto Pasetto y Otros. Occupational Burden of Asbestos-related Cancer in Argentina, Brazil, Colombia and México. Italian National Asbestos Project. 2014. International Agency for Research on Cancer IARC Monographs on the evaluation of carcinogenic risks to humans. Arsenic, Metals, fibres and Duts. 2009 <http://monographs.iarc.fr/ENG/Monographs/yol100C/mono100C.pdf>.

¹¹ Organización Mundial de Salud. Cánceres de origen ambiental y ocupacional. Nota Descriptiva número 350. Julio de 2011. <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs350/es/>

¹² 95 Conferencia Internacional del Trabajo. Junio de 2006.

¹³ Roberto Pasetto y Otros. Occupational Burden of Asbestos-related Cancer in Argentina, Brazil, Colombia and México. Italian National Asbestos Project. Página 265. 2014.

⁷ Corte Constitucional. Sentencia C 084 de 2016.

⁸ Consejo de Estado. Radicado número 2003-01063 del 02 de mayo de 2016 Consejo de Estado.

seguirá aumentando, incluso en los países que lo prohibieron hace muchos años”¹⁴.

Por su parte, la Corte Constitucional ha reconocido el carácter fundamental de los derechos a la salud¹⁵, al trabajo¹⁶, al medio ambiente¹⁷, a una vivienda digna¹⁸ que deben ser garantizados y protegidos a todos los seres humanos en Colombia. En este sentido, diferentes instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia, entre ellos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁹ insta a los Estados a garantizar el ejercicio de dichos derechos.

Teniendo en cuenta lo anterior, en Colombia se han identificado posibles impactos negativos en el ejercicio de los derechos al disfrute del más alto nivel posible de salud, a condiciones justas y dignas en el trabajo, al medio ambiente sano, a una vivienda adecuada, a la vida e integridad personal debido a la producción, comercialización y uso industrial de fibras de Asbesto. Así mismo, el Estado colombiano ha reconocido que el asbesto es un material peligroso y ha considerado el mesotelioma y la asbestosis, como enfermedades laborales adquiridas por la exposición a este mineral. En especial, el Instituto Nacional de Cancerología, en el Manual de Agentes Carcinógenos, incluye al asbesto crisotilo como causante de cáncer ocupacional²⁰. Adicionalmente, el Ministerio de Trabajo y el Instituto Nacional de Cancerología han publicado diversas piezas o folletos para advertir a los trabajadores sobre los efectos en la salud causados por el uso inadecuado de productos que contienen asbesto crisotilo²¹. Incluso, la Resolución número

935 de 2001 del Ministerio de Salud y Seguridad Social considera que “la exposición al asbesto, genera efectos negativos en la salud de los trabajadores y la comunidad”. De esta manera, el Gobierno ha reconocido los riesgos que produce el uso industrial del asbesto y ha optado por el uso controlado del mismo como forma de intentar prevenir sus efectos negativos sobre la salud y la vida. No obstante, diversos tipos de cáncer asociados a la exposición a asbestos se siguen diagnosticando en el país. El Instituto Nacional de Cancerología, en cifras relacionadas con la mortalidad en este tipo de diagnósticos, señala que inclusive se han incrementado con el tiempo, tal como lo muestran las siguientes tablas²²:

MUERTES POR MESOTELIOMA

De acuerdo con los datos y metodología disponible como centro de investigación en cáncer, el Instituto Nacional de Cancerología informó que el número de casos de muertes por mesotelioma y “cáncer de pulmón aumentó en el periodo 2000-2014.

Quinquenios	Muertes
2000 a 2004	77
2005 a 2009	229
2010 a 2014	285

Fuente: Instituto Nacional de Cancerología - ESE. 2017

MUERTES POR CÁNCER DE PULMÓN ATRIBUIBLES AL ASBESTO

Además el Instituto Nacional de Cancerología presenta el registro de muertes por cáncer de pulmón atribuibles al asbesto por quinquenios y tipo de asbesto.

Quinquenios	Muertes	IC 95%	
Mixto			
2000 a 2004	146	106	199
2005 a 2009	433	316	591
2010 a 2014	539	393	735
Croridolite			
2000 a 2004	55	41	72
2005 a 2009	163	121	215
2010 a 2014	202	151	268
Crisotilo			
2000 a 2004	471	276	805
2005 a 2009	1401	820	2393
2010 a 2014	1744	1020	2978

de asbesto Crisotilo y otras fibras; 6. Cartilla “Mantenimiento Industrial - Prácticas Recomendadas”. Ministerio de Trabajo. Comisión. Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo de asbesto Crisotilo y otras fibras. Todos disponibles en: <http://fondoriesgoslaborales.gov.co/seccion/comisiones-sectoriales/asbesto.html>

²² Los datos de la tabla fueron proporcionados en respuesta por parte del INC de fecha 24 de abril de 2017, Rad. SAL-03050-2017.

¹⁴ Organización Mundial de la Salud. Asbesto Crisotilo. Página 13. 2015. <http://www.who.int/phe/publications/asbestos/es/>

¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-760 de 2008.

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencias T-457 de 1992, C-1163 de 2000, C-593 de 2014.

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencias SU-442 de 1997, T-154 de 2013.

¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-583/13.

¹⁹ Ratificado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968.

²⁰ INC. Manual de agentes carcinógenos de los grupos 1 y 2ª de la IARC, de interés ocupacional para Colombia. Bogotá, D. C., julio de 2006.

²¹ Ver: 1. Cartilla “Lo que usted debe saber sobre el asbesto”. Ministerio de Trabajo. Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo de asbesto Crisotilo y otras fibras; 2. Cartilla “Efectos en la salud causados por el asbesto”. Ministerio de Trabajo. Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo de asbesto Crisotilo y otras fibras; 3. Cartilla “Construcción - Prácticas Recomendadas”. Ministerio de Trabajo. Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo de asbesto Crisotilo y otras fibras; 4. Cartilla “Gestión de Escombros - Prácticas Recomendadas”. Ministerio de Trabajo. Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo de asbesto Crisotilo y otras fibras; 5. Cartilla “Sistemas de Frenos - Prácticas Recomendadas”. Ministerio de Trabajo. Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo

Amosita			
2000 a 2004	311	215	452
2005 a 2009	925	639	1344 ,
2010 a 2014	1151	795	1673

Fuente: Estimaciones de Grupo de Área de Unidad de Análisis de Datos - Subdirección de Investigaciones, vigilancia Epidemiológica y Promoción y Prevención - Instituto Nacional de Cancerología - ESE. 2017.

En este marco las medidas adoptadas por el Estado colombiano para el uso y manipulación segura del asbesto parecen carecer de efectividad, toda vez que se siguen produciendo afectaciones físicas, enfermedades innecesarias y muertes evitables asociadas a la exposición por el asbesto, bien sea respecto de trabajadores o comunidades expuestas al riesgo.

De igual manera, las medidas adoptadas por el Estado parecen no ser suficientes para proteger a las personas en relación con el derecho a la salud al trabajo, al medio ambiente sano, a la vivienda respecto del uso del asbesto. Adicionalmente, si bien las medidas de uso controlado adoptadas por el Estado producen cierto control sobre las empresas formales²³, estas no tienen aplicación sobre actividades informales que usan el asbesto (como talleres informales de mecánica donde se manipula frenos de vehículos), como tampoco respecto de población en general que puede estar expuesta. Respecto de los trabajadores informales se destaca que están por fuera de las acciones de promoción y prevención del Estado, así como de controles específicos. Así, la insuficiencia y/o ausencia regulación para impedir que se vulnere el derecho a la salud de esta población conlleva contrariar la obligación de proteger por parte del Estado²⁴.

1.2. OBLIGACIONES ESPECÍFICAS DEL ESTADO EN RELACIÓN CON LA EXPLOTACIÓN, PRODUCCIÓN, COMERCIALIZACIÓN Y USO DE FIBRAS DE ASBESTO

En 1986, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) expidió el Convenio 162 – *sobre utilización del asbesto en condiciones de seguridad*–, el cual contempla medidas de seguridad para los trabajadores de actividades económicas relacionadas con la explotación y uso del asbesto. Entre las obligaciones para el Estado que contempla, se encuentran: (i) la expedición de normas para prevenir y controlar los riesgos para la salud debidos a la exposición profesional del asbesto, y de ser necesario, contemplar sanciones para garantizar su aplicación (artículo 3°); (ii) la observancia de la

legislación adoptada, por medio de un sistema de inspección suficiente y apropiado (artículo 5°); y (iii) la sustitución o la prohibición total o parcial del asbesto en determinados procesos de trabajo o por ciertos materiales (artículo 10).

La República de Colombia ratificó el Convenio 162 mediante la Ley 436 de 1998²⁵, estudiada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-493 de 1998, mediante se declaró exequible la mencionada ley aprobatoria.

Posteriormente, la OIT expidió: (i) la Resolución relativa al asbesto de la 95 Conferencia Internacional del Trabajo (2006) que determina que “la prohibición y supresión del asbesto y de materiales que contienen asbesto constituye el medio más eficaz para proteger a los trabajadores de la exposición del asbesto y para prevenir futuras enfermedades y muertes relacionadas con el asbesto”; por lo tanto, no se debe esgrimir el Convenio de asbesto de 1986 para respaldar y justificar el uso del mismo²⁶, y; (ii) en conjunto con el Departamento de Salud Pública y Medio Ambiente de la ONU, el Esquema para la elaboración de programas nacionales de eliminación de las enfermedades relacionadas con asbesto -WHO/SDE/PHE/07.02²⁷.

En cumplimiento de este compromiso internacional: (i) el Ministerio de la Protección Social expidió la Resolución número 935 de 2001 –modificada por la Resolución número 1458 de 2008–, la cual creó la Comisión Nacional de Salud Ocupacional del Sector Asbesto; (ii) el Ministerio de Salud y Protección Social expidió la Resolución número 007 de 2011, *por la cual se adopta el Reglamento de Higiene y Seguridad del Crisotilo y otras Fibras de uso similar*; y (iii) el Decreto número 47 de 2005 reglamentó parcialmente la prevención y el manejo de residuos o desechos peligrosos, entre ellos el asbesto.

Por otra parte, la Organización Mundial de la Salud (OMS) ha reconocido que el asbesto –en todas sus formas– causa diferentes tipos de cáncer, principalmente de pulmón y de mesotelioma, y asbestosis²⁸. De esta forma, se ha pronunciado en las resoluciones: WHA 58.22 (2005) sobre prevención y control del

²⁵ Por medio de la cual se aprueba el Convenio 162 sobre utilización del asbesto en condiciones de seguridad, adoptado en la 72 Reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, Ginebra 1986.

²⁶ Disponible en el sitio web: <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc95/pdf/pr-20.pdf>

²⁷ Disponible en el sitio web: http://apps.who.int/iris/bits-tstream/10665/69744/1/WHO_SDE_PHE_07.02_spa.pdf

²⁸ Organización Mundial de la Salud -OMS- (2015). Asbesto crisolito.

²³ No obstante no se elimina el riesgo del todo, dado que las medidas pueden fallar.

²⁴ Ibídem.

cáncer; WHA 60.26 (2007) sobre la salud de los trabajadores, la construcción de un Plan de Acción Mundial y la realización de campañas mundiales para la eliminación de enfermedades relacionadas con el asbesto; WHA 66.10 (2013) relacionado con la prevención y el control de enfermedades no transmisibles, entre ellas, el cáncer derivado por el contacto con esta sustancia peligrosa.

En el mismo sentido la Organización Mundial del Comercio (OMC) en decisión adoptada en solución de diferencias suscitadas entre Canadá y Francia en 2001, debido a la prohibición de importación de productos con amianto (asbesto) por Francia, mediante Decreto número 96-1133, concluyó en el informe presentado por el órgano de apelación, que las medidas adoptadas por Francia, se tratan de una medida sanitaria justificada, dado que:

“... los Miembros de la OMC tienen derecho a determinar el nivel de protección sanitaria que consideren apropiado para una situación dada. Francia ha determinado que el nivel de protección sanitaria elegido permite “detener” la propagación de los riesgos sanitarios relacionados con el amianto, y el Grupo Especial ha convenido en ello.

[...] Al prohibir todas las variedades de anfíboles e imponer rigurosas restricciones al uso de crisotilo, está claro que la medida de que se trata está encaminada a lograr ese nivel de protección sanitaria y es idónea para ello.

[... es] perfectamente legítimo que un Miembro trate de detener la difusión de un producto que entrañe altos riesgos y permita en su lugar la utilización de un producto que presente menor riesgo”²⁹.

Adicionalmente, el Panel de la OMC señaló que “un aspecto importante de la argumentación de las Comunidades Europeas es la afirmación de que un Miembro no puede tener expectativas razonables de la continuidad del acceso a los mercados para productos que esté demostrado que crean un grave riesgo para la vida o salud de las personas”³⁰.

Es importante resaltar que la Directiva 76/769/EEC del 27 de julio de 1999 de la Unión Europea, si bien no tiene efectos vinculantes para Colombia, determinó la prohibición del

asbesto crisotilo a partir del 1° de enero de 2005 en todos los países que la conforman; y el veredicto del 12 de marzo de 2001 de la Organización Mundial del Comercio (OMC) que determinó que “...el derecho de los estados miembros de prohibir la importación y uso de bienes conteniendo sustancias carcinogénicas como el crisotilo (...) *que el crisotilo es un carcinógeno establecido, que no existe umbral seguro y que el uso controlado no es una alternativa efectiva a la prohibición nacional (...)*”³¹.

Finalmente, consonante con los principios que rigen el derecho al medio ambiente, consagrados en la Ley 99 de 1993, específicamente con el principio de prevención, se ha obsecrado que las medidas adoptadas por el Estado, relacionados con el uso seguro del asbesto no han sido suficientes para prevenir o mitigar los daños en la salud causados por este material, razón por la cual se deben adoptar medidas tendientes a la prohibición absoluta de uso, comercialización, entre otros, de asbesto. La Corte Constitucional ha definido el principio de prevención ambiental como aquel que persigue “*que las acciones de los Estados se encarrilen a evitar o minimizar los daños ambientales, como un objetivo apreciable en sí mismo, con independencia de las repercusiones que puedan ocasionarse en los territorios de otras naciones. Requiera por ello de acciones y medidas regulatorias, administrativas o de otro tipo que se emprendan en una fase temprana, antes que el daño se produzca o se agrave*”³².

De esta forma, el proyecto de ley se encuentra acorde con las obligaciones internacionales del Estado colombiano respecto del asbesto, así con principios constitucionales como es el principio de prevención, en tanto que la prohibición del uso del asbesto es la medida más eficaz para la protección de los derechos a la vida y la salud, y la cual se encuentra contemplada en los instrumentos y conceptos internacionales como legítima.

2. SOBRE EL CONTENIDO DEL PROYECTO DE LEY

El proyecto de ley contiene diez (10) artículos que contemplan, entre otros asuntos: (i) la prohibición general de la utilización de asbesto; (ii) el régimen de transición; (iii) el plan de adaptación laboral y asistencia técnica para la sustitución; y (iv) las sanciones.

²⁹ Tomado de: Organización Mundial del Comercio. Comunidades Europeas - Medidas que afectan al Amianto y a los productos que contienen Amianto. Informe del Órgano de Apelación. WT/DS135/AB/R. 12 de marzo de 2001.

³⁰ Organización Mundial del Comercio. Comunidades Europeas - Medidas que afectan al Amianto y a los productos que contienen Amianto. Informe del Órgano de Apelación. WT/DS135/AB/R. 12 de marzo de 2001.

³¹ Resolución número 823/2001 de Argentina “Prohíbase la producción, importación, comercialización y uso de fibras de Asbesto variedad Crisotilo y productos que las contengan, a partir del 1° de enero de 2003. Buenos Aires. 26/07/2001.

³² Corte Constitucional. Sentencia T-080 de 2015.

Temas que se desarrollarán a continuación:

1. La prohibición general de la utilización de asbesto

Para determinar la pertinencia de la prohibición general de producción, comercialización, exportación, importación y distribución de cualquier variedad de asbesto y de los productos elaborados con esta fibra, contenida en el proyecto de ley se hace necesario precisar que: (i) esta prohibición solo entrará en vigencia pasados cinco años de la expedición de la ley; (ii) el Ministerio de Trabajo otorgará permiso especial de carácter temporal a las industrias que demuestren imposibilidad -técnica o científica- para realizar la sustitución-; (iii) no podrán otorgarse nuevas concesiones, licencias o permisos, ni prórrogas o renovaciones a las vigentes para la explotación y exploración del asbesto -artículo 3º-³³.

Para determinar si este proyecto de ley, al prohibir el uso del asbesto, limita las actividades económicas relacionadas con esta fibra de manera desproporcionada o vulnera el marco Jurídico vigente, a continuación se revisará el alcance de la libertad económica en el Ordenamiento colombiano, sus límites y las restricciones que el Estado puede establecer en aras de garantizar el bien común, adicional a determinar la pertinencia de las; sanciones que contempla el proyecto de ley.

2. Los límites a la libertad económica y las restricciones del Estado a la actividad

El artículo 333 constitucional determina la libertad de la actividad económica, pero la restringe dentro de los límites del bien común y de su función social. De esta forma, refiere que *“la ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”* y menciona que la empresa tiene una función social que implica obligaciones. Asimismo, la jurisprudencia constitucional ha establecido que las libertades económicas no son en sí mismas derechos fundamentales³⁴.

Al respecto, la Corte Constitucional ha mencionado que el derecho constitucional a la libertad de empresa puede ser restringido en aras de salvaguardar los derechos fundamentales, pues el interés general prima sobre el interés particular, máxime cuando se encuentran en el medio actividades económicas que generan

efectos sobre la salud de las personas y el ambiente sano³⁵.

De esta forma, la jurisprudencia constitucional ha establecido que para comprobar la validez constitucional de la intervención del Estado en la economía, se debe verificar “tanto los requisitos que deben cumplirse para la acreditación de tal validez, como el grado de intensidad y la metodología de escrutinio judicial de las medidas de intervención”³⁶. Frente a los requisitos de validez de la intervención, se ha definido que solo será admisible cuando se cumplan los siguientes requisitos:

*i) debe llevarse a cabo por ministerio de la ley; ii) no puede afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa; iii) debe obedecer a motivos adecuados y suficientes que justifiquen la limitación de la referida garantía; iv) debe obedecer al principio de solidaridad; y v) debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Los requisitos dos y cinco de la anterior enumeración refieren a la necesidad de efectuar un juicio de razonabilidad y proporcionalidad entre el ejercicio de las libertades económicas y la garantía de los principios y valores constitucionales defendidos por la medida de intervención”*³⁷.

De esta forma, a continuación se revisará si el proyecto de ley cumple con los requisitos antes mencionados:

(i) Reserva de ley. La prohibición gradual -periodo de transición de cinco años- a la industria del asbesto se pretende realizar mediante el proyecto de ley objeto de estudio. De esta forma, se cumple con el requisito de reserva de ley para establecer limitaciones a las libertades económicas. No obstante, el legislador no cuenta con absoluta discrecionalidad para restringir las libertades económicas, pues solo pueden ser limitadas cuando lo exija el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

En este caso, y de acuerdo con la exposición de motivos del proyecto de ley, la prohibición se justifica en razón de las cerca de 320 personas que mueren al año en Colombia a causa de alguna enfermedad relacionada con el asbesto, asimismo de los efectos que tiene sobre el ambiente.

(ii) Núcleo duro de la libertad de empresa. La libertad de empresa ha sido definida como la facultad con la que cuentan las personas de *“(…) afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente de capital) para la realización*

³³ Respecto de las actividades que cuenten con contrato y licencia ambiental posterior al régimen de transición -cinco (5) años- deben ser terminadas y se procederá a la compensación cuando esta sea pertinente.

³⁴ Corte Constitucional. Sentencias C-352 de 2009 y C-486 de 2009, entre otras.

³⁵ Corte Constitucional. Sentencias C-870 de 2003.

³⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-830 de 2010.

³⁷ Corte Constitucional. Sentencias C-228 de 2010, C-830 de 2010, C-263 de 2011, C-197 de 2012, entre otras.

*de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia*³⁸.

A partir de este concepto, es que la jurisprudencia constitucional ha definido el “núcleo esencial” en materia de libertad de empresa, el cual presenta los siguientes contenidos, que no pueden ser afectados por la medida que busca prohibir el uso del asbesto:

“i) el derecho a un tratamiento igual y no discriminatorio entre empresarios o competidores que se hallan en la misma posición; (ii) el derecho a concurrir al mercado o retirarse; (iii) la libertad de organización y el derecho a que el Estado no interfiera en los asuntos internos de la empresa como la organización empresarial y los métodos de gestión; (iv) el derecho a la libre iniciativa privada; (v) el derecho a la creación de establecimientos de comercio con el cumplimiento de los requisitos que exija la ley; y (vi) el derecho a recibir un beneficio económico razonable”³⁹.

Frente al contenido del núcleo esencial, para el caso del asbesto se debe estudiar cada uno de los contenidos a la luz de un componente respecto del cual se ha demostrado que genera efectos nocivos sobre la salud, y aunque existen medidas tendientes a proteger a los empleados de esta industria, estas no eliminan totalmente el riesgo de contaminación de las personas expuestas en su lugar de trabajo, además de hacerlo extensivo al resto de la población que adquiere bienes producidos con asbesto, sin conocer si quiera los efectos para su salud, o no conocer las precauciones que deben tomar en su manejo.

Así las cosas, sin realizar esta ponderación, puede generarse una duda razonable en torno a si la prohibición general afecte el núcleo esencial a la libertad económica, principalmente de los numerales i) el derecho a un tratamiento igual y no discriminatorio entre empresarios o competidores que se hallan en la misma posición y (ii) el derecho a concurrir al mercado o retirarse.

(iii) Motivos adecuados y suficientes. Como el legislador no goza de absoluta discrecionalidad para limitar estas libertades, pues estas solo pueden ser restringidas cuando lo exija el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación. En este caso, la prohibición general del uso de asbesto parte de estudios de órganos internacionales como la OAAS, que califican al asbesto como una sustancia

altamente cancerígena, adicionalmente al alto número de personas que han estado expuestas al uso de asbesto y han adquirido enfermedades relacionadas, o han fallecido.

Si bien a nivel nacional, no existe un estudio que contenga datos certeros sobre el total de personas fallecidas directamente a causa del asbesto, de acuerdo con la Exposición de Motivos, mueren en promedio 320 personas de diferentes tipos de cánceres y otras patologías derivadas del uso del asbesto. A nivel mundial, y de acuerdo con cifras de la OMS, las enfermedades derivadas del uso del asbesto cobran 107.000 vidas cada año en el mundo⁴⁰.

De esta forma, con la prohibición en el uso de una sustancia que ha sido reconocida como nociva y que cuenta con materiales sustitutos⁴¹ se busca proteger la salud pública, y en especial la de los trabajadores de esta actividad económica.

(iv) Principio de solidaridad. La Corte Constitucional ha definido el principio de solidaridad como: “un deber, impuesto a toda persona por el solo hecho de su pertenencia al conglomerado social, consistente en la vinculación del propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o en interés colectivo”⁴². De esta parte, la solidaridad entendida como un deber que se impone no solo a los miembros de una sociedad sino al Estado, quienes se encuentran en la obligación de ayudar a garantizar los derechos de los demás miembros de la sociedad, principalmente si estos se encuentran en una situación de debilidad manifiesta.

De esta forma, el Estado se encuentra en la obligación de garantizar unas condiciones mínimas de vida a todas las personas, las cuales, para el caso del asbesto, deben partir de limitar el contacto de la población a este tipo de sustancia que potencialmente puede derivar en una afectación a la salud e integridad física, máxime cuando se ha comprobado que existe riesgo, no solo en exposiciones en espacios laborales donde se manipula asbesto, sino

⁴⁰ Semana sostenible. Asbesto: una sustancia mortal más cercana de lo que se cree. (15/05/2017).

⁴¹ De acuerdo con la OMS, Muchas fibras evaluadas para sustituir al crisotilo suponen un peligro relativamente pequeño para la salud humana, aunque algunas de ellas conllevan un alto riesgo cancerígeno. No obstante, existen muchos materiales no fibrosos poco peligrosos que pueden sustituir al crisotilo en varios de sus usos, por ejemplo como materiales de construcción. Disponible en el sitio web: <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs343/es/>

⁴² Corte Constitucional. Sentencia C-767 de 2014.

³⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-524 de 1995.

³⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-197 de 2012.

afectaciones a la población que reside en zonas cercanas a estas industrias⁴³.

(v) Razonabilidad y proporcionalidad. Para poder evaluar la razonabilidad y la proporcionalidad de una medida que limita las libertades económicas, la Corte Constitucional, en Sentencia C-263 de 2011, ha indicado que se debe tener en cuenta, para determinar la razonabilidad *“el tipo de actividad que desarrollan las empresas a las que va dirigida la regulación, su estructura organizativa, el mercado en el que se insertan, el tipo de financiamiento al que apelan, el servicio que prestan o el bien que producen o distribuyen, etc.”*. Por su parte, para determinar la proporcionalidad de la medida, se examina su finalidad, la idoneidad del medio elegido y su proporcionalidad en sentido estricto.

Como se ha mencionado a lo largo del presente concepto, la finalidad del proyecto de ley es “preservar la vida y la salud de todos los habitantes del territorio nacional frente a los riesgos en la salud que representa la exposición al asbesto -artículo 1º-, a través de una prohibición general de la utilización del asbesto. Por lo tanto, se evidencia una coherencia entre el fin propuesto y el medio elegido, pues existe evidencia científica que establece que todos los tipos de asbesto son cancerígenos, y que pese a las medidas de protección - en los últimos años - el riesgo de sus efectos nocivos se mantiene.

Una lectura inicial del proyecto de ley podría sugerir que el mismo podría restringir de manera desproporcionada la industria del asbesto. Sin embargo, se debe considerar que establece una serie de disposiciones que permiten a las industrias sustituir la utilización de esta fibra, al establecer un régimen de transición y contempla que el Gobierno nacional -a través del Ministerio de Trabajo-, adelantará un Plan de Adaptación Laboral para los trabajadores de las minas y de la industria del asbesto, en el que se garantice la reubicación en otra actividad económica, igualmente, asegura la realización de programas de formación, capacitación, fortalecimiento empresarial de actividades diferentes a la minería. Asimismo, contempla que la prohibición no puede: (i) obstaculizar las relaciones laborales, y; (ii) generar el despido o terminación del contrato de ninguna persona, en

razón de la sustitución del asbesto. Estas medidas pretenden evitar el impacto desproporcionado de la prohibición sobre los trabajadores de las empresas que usan asbesto.

3. Licencias para la explotación de asbesto

Respecto de la prohibición de otorgar nuevas concesiones, licencias, permisos, prórrogas o renovaciones a las vigentes para la explotación y exploración de asbesto -artículo 3º-, esta disposición se deriva de los artículos 332 y 334 constitucionales, que determinan que: (i) “el Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes”; y (ii) el Estado estará a cargo de la Dirección General de la Economía, e “intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, (...) con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial (...) el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano”.

Igualmente, esta disposición es coherente con lo señalado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-035 de 2016, que al referirse a la prohibición de la minería en páramos, sostuvo que “la sola existencia de un contrato de concesión no impide al Estado limitar, condicionar o prohibir la actividad objeto de la concesión, cuando con ella se pretenda proteger un bien jurídico de mayor importancia”, pues esta situación podría afectar la prevalencia del interés general; y con la potestad del Legislador de prohibir una actividad que venía desarrollando con un particular, con el fin de evitar un riesgo sobre un bien protegido.

Conforme lo anterior, la disposición contenida en el artículo 3º del proyecto de ley parte de proteger a los habitantes y trabajadores, y al ambiente próximo a estas zonas de explotación, uso y depósito de los efectos nocivos reconocidos del asbesto, y establece una compensación en los casos que se encuentren vigentes contratos o licencias ambientales cuando el régimen de transición haya concluido.

4. Sanciones

El artículo 7º del proyecto de ley establece la sanción de cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes por cada día de retraso para las personas y las industrias que pasado el período de transición, continúen con la producción, comercialización, exportación, importación y distribución de cualquier variedad de asbesto y de los productos

⁴³ Uno de los casos más conocidos de esta situación es el de Ana Cecilia Niño, quien “estuvo expuesta a los residuos de las tejas que eran desechadas al lado de la fábrica Eternit en Sibaté, donde vivió desde que era una niña, y por más de 17 años aspiró las partículas de la fibra. De esa manera contrajo la mortal enfermedad, convirtiéndose en un caso emblemático por el hecho de no ser una trabajadora que interactuara directamente con el asbesto. Semana Sostenible. Asbesto: una sustancia mortal más cercana de lo que se cree. (15/05/2017).

elaborados con este. El procedimiento para interponer esta sanción será el contemplado por la Superintendencia de Industria y Comercio, o en su defecto el establecido en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Al respecto, se permite precisar que para el establecimiento de sanciones se debe tener en cuenta el artículo 29⁴⁴ constitucional, el cual dispone que (i) toda actuación se desarrolle con sujeción al procedimiento legalmente preestablecido en la materia; (ii) corresponde al legislador determinar previamente la infracción, las sanciones a que se hacen acreedores quienes incurran en estas y la definición de las autoridades públicas o administrativas competentes para realizar la investigación y, consecuentemente, imponer la sanción⁴⁵.

De esta forma, para la Defensoría del Pueblo el artículo 7° cumple con establecer la infracción –continuar con la actividad prohibida–, contemplar la sanción –cien smlmv–, y definir la autoridad encargada de la sanción –Superintendencia de Industria y Comercio–. Asimismo, considera que la sanción impuesta aunque puede inicialmente parecer desproporcionada, debe ser examinada a la luz de: (i) el amplio período de transición con el que cuentan las empresas y las personas para sustituir de actividad; (ii) la importancia económica y el tamaño de las industrias relacionadas con esta fibra⁴⁶; (iii) los efectos que tiene sobre la salud pública el uso de esta fibra; y (iv) el parágrafo del artículo 2°, que excluye de esta sanción a las industrias que demuestren imposibilidades técnicas y científicas para realizar la sustitución del asbesto, las cuales serían beneficiarias del permiso especial temporal.

5. Comisión Nacional para la sustitución del asbesto y la expedición del Programa Nacional de Eliminación de Enfermedades Relacionadas con el Asbesto (PNEERA).

La Defensoría Delegada considera que la creación de la Comisión Nacional para la sustitución del asbesto y las funciones que el proyecto de ley le establece son coherentes y acordes con la finalidad del mismo (artículo 6°), adicional a que se avanza en la expedición del Programa Nacional de Eliminación de Enfermedades Relacionadas con el Asbesto (PNNERA), propuesto en el documento WHO/SDE/PHE/07.02.

La expedición del PNNERA resulta de vital importancia, principalmente por cumplir con el mandato de la OMS de “definir la eliminación de las enfermedades relacionadas con el asbesto como una prioridad en la protección de la salud de los trabajadores, de la salud pública y del medio ambiente”⁴⁷. Asimismo, porque contempla la obligación de contener disposiciones que proporcionen apoyo a las víctimas de las enfermedades relacionadas con el asbesto.

De igual forma, el artículo 8° del proyecto de ley determina que esta disposición sustituye las Resoluciones número 925 de 2001 y 1458 de 2008 del Ministerio de Protección Social, por lo que suprime la Comisión Nacional de Salud Ocupacional del Sector Asbesto⁴⁸. Claramente esta instancia operativa ya no tendría finalidad, pues sus funciones parten del desarrollo e implementación de los diferentes programas sobre uso, manejo, utilización, manipulación y mecanismos de control de los riesgos derivados del asbesto.

3. CONCLUSIONES

Respecto de este proyecto de ley, la Defensoría del Pueblo se permite presentar las siguientes observaciones sobre la disposición normativa:

Las restricciones contenidas en el proyecto de ley a la producción, comercialización, exportación, importación y distribución del asbesto se encuentran enmarcadas en los artículos 333 y 334⁴⁹ de la Constitución Política y cumplen con los requisitos establecidos para la intervención del Estado en materia económica, máxime cuando se encuentra en riesgo la salud y la vida, no solo de los trabajadores de la industria del asbesto, sino de la población en

⁴⁷ OMS. (2007) Esquema para la elaboración de programas nacionales de eliminación de las enfermedades relacionadas con el asbesto.

⁴⁸ La creación de las Comisiones Nacionales de Salud Ocupacional se deriva del artículo 15 del Decreto número 1530 de 1996.

⁴⁹ Artículo 334: “La Dirección General de la Economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. (...)”.

Asimismo, el artículo 333 menciona que la empresa “tiene una función social que implica obligaciones”.

⁴⁴ Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Constitución Política de 1991.

⁴⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-412 de 2015.

⁴⁶ Algunas de las empresas que utilizan asbesto son: Eternit Colombia S. A., Incolbest S. A., Toptec S. A., Didacol, Manufacturas de Cemento S. A., entre otros.

general, que se ve expuesta al contacto de los productos que contienen esta sustancia.

La decisión de prohibir la utilización de asbesto puede presentar algunas inquietudes en cuanto a su razonabilidad, dado que si bien existen pronunciamiento de organismos internacionales, entre ellos la OMS, sobre los efectos para la salud de esta fibra, no existe evidencia científica o consensos entre el mundo médico y científico, que permitan concluir que esta es la única medida que evita la exposición, o si por el contrario, el establecimiento de mayores controles limitaría los efectos del asbesto sobre la población. Sin embargo, la fáltale evidencia científica ante la amenaza de un peligro a la salud no es razón suficiente para no adoptar las medidas de protección, a lo que se suma que la prohibición es la medida más eficaz para prevenir la privación de la salud o la vida asociadas al asbesto; y en todo caso, a la luz del principio *pro persona* el Estado debe optar por la medida más garantista de derechos.

Por tanto, para la Defensoría del Pueblo, el Proyecto de ley número 061 de 2017 se encuentra acorde con la obligación de proteger los derechos humanos consagrada tanto en la Constitución Política como en los tratados internacionales de derechos humanos. Lo anterior en tanto se otorguen efectivamente salvaguardas para los trabajadores que pueden ver afectado su trabajo con la medida de prohibición.

Cordialmente,



JORGE ENRIQUE CALERO CHACÓN
VICEDEFENSOR DEL PUEBLO

COMISIÓN SÉPTIMA
CONSTITUCIONAL PERMANENTE
DEL HONORABLE SENADO DE LA
REPÚBLICA

Bogotá, D. C., a los diez (10) días del mes de octubre del año dos mil diecisiete (2017)

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

Concepto: Defensoría del Pueblo

Refrendado por: doctor *Jorge Enrique Calderón Chacón*, Vicedefensor del Pueblo

Al Proyecto de ley número: 61 de 2017 Senado.

Título del proyecto: al Proyecto de ley número 61 de 2017 Senado, por el cual se prohíbe el uso asbesto en el territorio nacional y se establecen garantías de protección a la salud de los colombianos frente a sustancias nocivas.

Número de folios: diez (10) folios.

Recibido en la Secretaría de la Comisión Séptima del Senado el día: diez (10) de octubre de 2017

Hora: 10:15 a. m.

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

El Secretario,



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

**CONCEPTO JURÍDICO DE LA
FEDERACIÓN COLOMBIANA DE
MUNICIPIOS AL PROYECTO DE LEY
NÚMERO 04 DE 2017 SENADO Y 008 DE
2017 CÁMARA**

*por medio de la cual se crea el Sistema
Nacional de Innovación Agropecuaria y se
dictan otras disposiciones.*

DE 986 -17

Bogotá,

Doctor

GREGORIO ELJACH PACHECO

Secretario General

Senado de la República

Bogotá, D. C.

Referencia: Proyecto de ley número 04 de 2017 Senado y 008 de 2017 Cámara, por medio de la cual se crea el Sistema Nacional de Innovación Agropecuaria y se dictan otras disposiciones.

Respetado Secretario:

Como es de público conocimiento, los mandatarios locales y la Federación Colombiana de Municipios han respaldado los esfuerzos del Gobierno por llegar a un acuerdo final para la terminación del conflicto desde el inicio de los

diálogos de La Habana y han perseverado en sus esfuerzos de acompañamiento al Gobierno nacional hasta la actualidad. Es por ello que consideramos importante la iniciativa de la referencia no sin antes señalar los siguientes aspectos de la misma que pueden ser objeto de mejora.

En nuestro concepto, constituye un avance el que Colombia busque generar un vuelco en su política de asistencia técnica, agropecuaria, que hasta este momento ha demostrado poquísima efectividad al alcanzar tan solo al 9% de los pequeños productores agrícolas. No obstante, consideramos que la instancia más idónea para desarrollar una mejor operación de esta nueva política es el municipio, contrario a lo que se plantea en el presente proyecto de ley que mantiene la competencia municipal pero entrega a los departamentos las herramientas financieras y técnicas para desarrollarla.

Desde 1991, los municipios fueron encargados de constituir las Unidades Municipales de Asistencia Técnica Agropecuaria, pero no recibieron para ello recursos específicos. De hecho, desde 1998 perdieron el apoyo financiero del entonces Programa de Desarrollo Rural y la asistencia técnica en el país perdió el liderazgo tanto económico como conceptual de un responsable nacional. Conscientes de la problemática de la financiación, el presente proyecto de ley busca bienintencionadamente incorporar alternativas que, lamentablemente, debemos advertir pueden resultar contraproducentes.

Como mencionamos, mantiene en cabeza del municipio la responsabilidad de ofrecer la asistencia técnica agropecuaria, pero se traslada al departamento la facultad de cobrar una tasa para financiar el servicio así como la responsabilidad de generar un plan departamental para la prestación del mismo. Resulta abiertamente contradictorio al principio constitucional de no entregar competencias sin recursos, que en este caso se entregue una responsabilidad al municipio, pero a su vez se entreguen las herramientas financieras y de planificación para su ejecución al departamento.

Es por ello que, con el propósito de fortalecer esta importante iniciativa, nos permitimos poner a consideración las siguientes propuestas respetuosas:

Artículo 14. Concurrencia de fuentes de financiación. Las acciones, programas y proyectos que se adelanten en desarrollo de la presente ley podrán ser financiados, entre otras, por las siguientes fuentes:

1. Los recursos propios de los entes territoriales, principalmente la tasa muni-

cipal del servicio de extensión agropecuaria prevista en la presente ley.

2. Los recursos del Presupuesto General de la Nación.
3. Los recursos de libre inversión del componente de Propósito General del Sistema General de Participaciones según las metas de los planes municipales de desarrollo.
4. Los recursos del Sistema General de Regalías, de acuerdo con las disposiciones de la Comisión Rectora y de los Órganos Colegiados de Administración y Decisión.
5. Los instrumentos financieros creados en el marco del Sistema Nacional de Crédito Agropecuario.
6. Los recursos de cooperación internacional.
7. Las donaciones de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras y organismos internacionales.

Artículo 26. Tasa del Servicio Público de Extensión Agropecuaria. Créase una tasa retributiva de servicios que se causará por la prestación del servicio público de extensión agropecuaria en los términos de los artículos 24 y 25 de la presente ley. ~~Los departamentos y/o municipios~~ a través de sus ~~Asambleas concejos,~~ establecerán por medio de ordenanza acuerdo la tasa por el Servicio Público de Extensión Agropecuaria, así como su sistema y método para la definición de costos que servirán de base para la determinación de las tarifas. ~~La misma ordenanza~~ El mismo acuerdo que establezca la tasa para el servicio público de extensión agropecuaria deberá señalar la autoridad pública autorizada para fijar la tarifa. La tasa estará a cargo de los usuarios del servicio.

Artículo 28. Subsidio a la tarifa de la tasa por la prestación de Servicio Público de Extensión Agropecuario.

(...)

Parágrafo 1º. Los recursos del Presupuesto General de la Nación destinados a financiar subsidios a la tarifa de la tasa por prestación del servicio público de extensión agropecuaria se girarán a los ~~departamentos y/o~~ municipios, previo cumplimiento de la reglamentación, los lineamientos de política y las directrices técnicas, jurídicas, financieras y administrativas que se constituyan como determinantes de dicho subsidio, expedidas por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural.

Artículo 29. Planes Departamentales de Extensión Agropecuaria (PDEA). El Plan

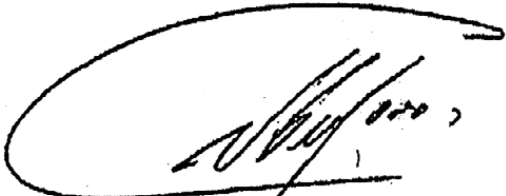
Departamental de Extensión Agropecuaria (PDEA) es el instrumento de planificación cuatrienal en el cual cada departamento, ~~agregará las iniciativas de sus en coordinación con~~ sus municipios, distritos y demás actores del SNIA, definirá los elementos estratégicos y operativos para la prestación del servicio de extensión agropecuaria en su área de influencia. El PDEA debe incluir como mínimo los siguientes elementos:

2. Líneas productivas priorizadas por cada municipio y distrito para atender mediante los servicios de extensión agropecuaria, sus limitantes y requerimientos.

(...)

Esperamos, Respetado Secretario, que nuestros comentarios sean bien recibidos para el desarrollo de esta importante iniciativa.

Cordialmente,



GILBERTO TORO GIRALDO
Director Ejecutivo

CONTENIDO

Gaceta número 908 - martes 10 de octubre de 2017	
SENADO DE LA REPÚBLICA	
PONENCIAS	
Informe de ponencia para primer debate al proyecto de acto legislativo número 08 de 2017, por medio del cual se modifica el Sistema General de Participaciones.....	1
Informe de ponencia para primer debate - proyecto de ley número 104 de 2017 Senado, por medio de la cual se regula el uso adecuado y eficiente de recursos públicos destinados a publicidad de naturaleza estatal y se dictan otras disposiciones.....	3
CONCEPTOS JURIDICOS	
Concepto jurídico del ministerio de salud al proyecto de ley número 15 de 2016 senado, por medio del cual se modifica el Régimen de Seguridad Social de los pensionados.....	18
Concepto jurídico del ministerio de salud al proyecto de ley número 69 de 2016 Senado, por la cual se establece la cotización en seguridad social de las personas que desarrollan contratos de prestación de servicios.....	21
Concepto jurídico de la defensoría del pueblo al proyecto de ley número 61 de 2017 senado, por el cual se prohíbe el uso de asbesto en el territorio nacional y se establecen garantías de protección a la salud de los colombianos frente a sustancias nocivas.....	28
Concepto jurídico de la federación colombiana de municipios al proyecto de ley número 04 de 2017 Senado y 008 de 2017 Cámara, por medio de la cual se crea el Sistema Nacional de Innovación Agropecuaria y se dictan otras disposiciones.....	38