



GACETA DEL CONGRESO

SENADO Y CÁMARA

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

ISSN 0123 - 9066

AÑO XXIV - Nº 210

Bogotá, D. C., viernes, 17 de abril de 2015

EDICIÓN DE 12 PÁGINAS

DIRECTORES:

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

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

RAMA LEGISLATIVA DEL PODER PÚBLICO

SENADO DE LA REPÚBLICA

CONCEPTOS JURÍDICOS

CONCEPTO JURÍDICO DEL MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO AL TEXTO PROPUESTO PARA SEGUNDO DEBATE AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 178 DE 2014 SENADO

por la cual se establece la constitución obligatoria de un seguro para garantizar la calidad y estabilidad de la vivienda nueva.

1.1.

Bogotá, D. C.,
Honorable Senador
JOSÉ DAVID NAME CARDOZO
Presidente
Senado de la República
Carrera 7 N° 8-68
Bogotá, D. C.

Asunto: Texto propuesto para segundo debate al Proyecto de ley número 178 de 2014 Senado, *por la cual se establece la constitución obligatoria de un seguro para garantizar la calidad y estabilidad de la vivienda nueva.*

Respetado Presidente:

De manera atenta, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público presenta los comentarios que estima pertinentes someter a su consideración respecto del texto propuesto para segundo debate al Proyecto de ley número 178 de 2014 Senado, *por la cual se establece la constitución obligatoria de un seguro para garantizar la calidad y estabilidad de la vivienda nueva.*

En primer lugar, el proyecto de ley tiene por objeto:

“Artículo 1°. Objeto. La presente ley tiene por objeto establecer la obligatoriedad de adquirir un seguro, por parte de todo vendedor o constructor de vivienda nueva, que garantice su calidad y es-

tabilidad estructural, y que permita cubrir los daños o perjuicios a los que se vea avocado el titular de la transferencia del título, o comprador (...)”¹.

Al respecto, resulta pertinente efectuar las siguientes consideraciones iniciales:

En la anterior legislatura (2013-2014), cursaban simultáneamente tres proyectos de ley sobre la adquisición de un seguro y/o una póliza para garantizar la calidad de la vivienda nueva (seguridad de las edificaciones), como se indica a continuación:

- **Proyecto de ley número 189 de 2014 Cámara**, *por la cual se establece la obligación de adquirir un seguro por parte de los constructores de vivienda nueva y se establecen medidas para incrementar la seguridad de las edificaciones.* (Informe de ponencia para primer debate - archivado por tránsito de legislatura).

- **Proyecto de ley número 029 de 2013 Cámara**, *por la cual se establece la constitución de una póliza, para garantizar la calidad y estabilidad de la vivienda nueva.* (Texto publicado- acumulado con el Proyecto de ley número 189 de 2014 Cámara - archivado por tránsito de legislatura).

- **Proyecto de ley número 178 de 2014 Senado**, *por la cual se establece la constitución de una póliza para garantizar la calidad y la estabilidad de vivienda nueva.* (Ponencia para segundo debate - acumulado al Proyecto de ley número 189 de 2014 Cámara).

En este sentido, junto con el Proyecto de ley número 189 de 2014 fueron acumulados los Proyectos de ley números 029 de 2013 Cámara y 178 de 2014 Senado, tal como se publicó en la *Gaceta del Congreso* número 262 de 6 de junio de 2014. Al término de la legislatura (junio 20 de 2014) el Proyecto de ley número 189 de 2014 Cámara fue

¹ *Gaceta del Congreso* número 538 de 2014.

archivado por tránsito de legislatura conforme al artículo 190 de la Ley 5ª de 1992, de suerte que con su archivo, los Proyectos de ley números 029 de 2013 Cámara y 178 de 2014 Senado corrieron la misma suerte.

Sin embargo, al momento de la acumulación, el Proyecto de ley número 178 de 2014 Senado estaba aprobado en primer debate (*Gaceta del Congreso* número 226 de mayo 23 de 2014), lo que impedía su acumulación, pues este último caso sería inconstitucional. En efecto, la Corte Constitucional ha dicho al respecto que tal circunstancia es violatoria de los artículos 151, 152 de la Ley 5ª de 1992 y 157 de la Constitución Política:

*“Es claro para la Corte que no es procedente el cargo formulado por los demandantes respecto a la presunta violación de los artículos 53 y 157 de la Constitución Política en el trámite del Proyecto de ley número 155 de 1992, por cuanto la acumulación legislativa no solo no constituye uno de los presupuestos esenciales en el proceso de formación de una ley –artículo 157 C. P.–, sino que además las normas de la Ley 5ª de 1992 –artículos 151 y 152– que se refieren a la materia, la consagran como una facultad potestativa del ponente inicial o de los presidentes de las Cámaras o si se reúne el presupuesto fundamental, de que o bien los proyectos que se pretenden acumular estén en trámite o que cursen en forma simultánea, siempre y cuando no se haya rendido el informe respectivo por parte del ponente inicial, o no se hubiese presentado ponencia para primer debate”*². (Subraya fuera de texto).

En la actualidad, a pesar de que el Proyecto de ley número 178 de 2014 Senado corrió la suerte del Proyecto de ley número 189 de 2014 Cámara por virtud de la acumulación, continúa su trámite de acuerdo con la ponencia de segundo debate. Al respecto, esta Cartera pone de presente que eventos como el que nos ocupa, generan incertidumbre y falta de certeza en el trámite legislativo.

Sin perjuicio de lo anterior, se realizan algunos comentarios frente al articulado del proyecto de ley:

a) Artículo 1º.

En el proyecto de ley se establece que el seguro tiene por finalidad garantizar la calidad y estabilidad estructural de la vivienda nueva y que permita cubrir los daños o perjuicios a los que se vea abocado el titular de la transferencia del título o comprador. En relación con este tema se debe señalar que el seguro no cubriría posibles afectaciones a terceros al estar completamente limitado su marco de acción;

b) Parágrafos 1º, 2º y 5º del artículo 1º.

Se sugiere respetuosamente el ajuste de la redacción del párrafo 1º, con el fin de evitar malas interpretaciones del mismo, y que no se entienda que todas las compañías de seguros legalmente

establecidas deban ofrecer el producto, solamente tendrán tal posibilidad las que soliciten autorización a la Superintendencia Financiera de Colombia para operar el ramo y que lo deseen ofrecer.

Adicional a lo anterior, es deseable que las obligaciones que se radican en cabeza de la Superintendencia Financiera de Colombia se ponderen de acuerdo con las facultades que actualmente tiene dicha entidad en materia de sociedades y la actividad aseguradora, de tal manera que se eviten arbitrajes o imposiciones. Así pues, se le impone al ente de supervisión revisar anualmente las condiciones técnicas y financieras de la operación del seguro, sin que se definan ni se determinen parámetros relacionados con estos aspectos;

c) Artículo 2º.

En relación con las definiciones de vivienda nueva, es necesario resaltar que dicho significado es para fines exclusivos del seguro de que trata el proyecto de ley, ya que existen otras definiciones de vivienda nueva a lo largo de la normatividad sobre el tema en Colombia. Por ejemplo, la definición existente para los programas de cobertura de tasa de interés para financiación de vivienda nueva.

Finalmente, es deseable que se evalúe la responsabilidad del constructor frente a quien figura en la licencia de construcción, pues los efectos de cara a los daños y perjuicios no pueden ser los mismos para la persona natural o jurídica responsable de la construcción de la vivienda nueva, y quien figura en dicha licencia;

d) Artículo 3º.

En el artículo se establece que la finalidad del seguro de estabilidad para vivienda nueva es indemnizar la reparación de los daños que sufra el inmueble asegurado, como consecuencia de ausencia de dicha estabilidad estructural de la vivienda. En este orden de ideas, lo establecido en este inciso debe estar en relación directa con el valor asegurado y su ajuste anual;

e) Artículo 4º.

De la misma manera, se sugiere dejar redactado en forma general que la reglamentación estará a cargo del Gobierno nacional y no de entidades o ministerios en particular;

f) Artículo 6º.

Como se ha mencionado anteriormente, el valor asegurado debe estar relacionado con el valor de la construcción y el valor a indemnizar por la reparación de los daños al momento de presentarse una falta de estabilidad del inmueble.

Dentro de las facultades asignadas al Gobierno nacional, sería conveniente que se incluyeran expresamente la de establecer las coberturas que debe tener este seguro, así como la del valor asegurado, que no debe estar fijado en función del precio de venta del inmueble, sino que debe responder a criterios técnicos señalados por el Gobierno nacional. Estructurar el valor asegurado en función del precio de venta del inmueble, podría generar dis-

² Sentencia C-072 de 1995. M. P.: Hernando Herrera Vergara.

torsiones y asimetrías que afectarían en alto grado la estructura y cabal funcionamiento del producto.

La definición de las coberturas en un seguro concebido en estos términos es fundamental para homogenizar el producto, ya que será un factor preponderante utilizado por la aseguradora para la definición del valor de la prima. Así pues, por ejemplo, contemplar pocas coberturas puede limitar el objetivo perseguido en la ley e incentivar la emisión de pólizas muy básicas e insuficientes. En contraposición, involucrar un elevado número de coberturas genera un valor de prima alto, que eventualmente conllevaría un desincentivo a construir por los altos costos asociados, o que dichos costos sean trasladados al usuario final.

En relación con la vigencia del seguro de estabilidad, se sugiere precisar que los diez años comienzan a partir del momento de la primera venta;

g) Artículo 7°.

En este contexto, la reglamentación de los aspectos financieros y específicos del contrato de seguro y la póliza para garantizar la calidad y estabilidad de la vivienda nueva, así como la potestad regulatoria, estaría en cabeza del Ministerio de Hacienda y Crédito Público (Decreto número 4712 de 2008)³; en lo que atañe con aspectos concernientes con factores técnicos propios de la vivienda asegurada, será el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio quien pueda efectuar dicha reglamentación (Decreto número 3571 de 2011)⁴.

La supervisión y condiciones técnicas particulares deben recaer en cabeza de la Superintendencia Financiera de Colombia (Decreto número 2739 de 1991 y demás normas que la modifiquen o adicionen, el Decreto número 663 de 1993 y demás normas que lo modifiquen o adicionen, la Ley 964 de 2005 y demás normas que la modifiquen o adicionen, las demás que señalen las normas vigentes y las que le delegue el Presidente de la República)⁵.

³ “Artículo 3°. *Funciones.* El Ministerio de Hacienda y Crédito Público tendrá, las siguientes funciones: (...) 27. Participar en la elaboración de la regulación de las actividades financiera, bursátil, aseguradora, cooperativa, y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos del ahorro público, en coordinación con la Superintendencia Financiera de Colombia o de la Superintendencia de Economía Solidaria y expedir lo de su competencia. Igualmente participar en la elaboración de la regulación de la seguridad social”.

⁴ “Además de las funciones definidas en la Constitución de Colombia de 1991 y en el artículo 59 de la Ley 489 de 1998 y en las demás leyes, el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio cumplirá, las siguientes funciones: (...) 13. Definir los requisitos técnicos que deben cumplir las obras, equipos y procedimientos que utilizan las empresas, cuando la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico haya resuelto por vía general que ese señalamiento es necesario para garantizar la calidad del servicio y que no implica restricción indebida a la competencia”.

⁵ “El Presidente de la República, de acuerdo con la ley, ejercerá a través de la Superintendencia Financiera de Colombia, la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen actividades financiera, bursátil,

En todo caso, la actividad financiera constituye una materia de regulación compartida entre el Congreso de la República y el Presidente de la República, de conformidad con leyes marco contentivas de pautas y criterios generales a las que se sujeta la vigilancia, supervisión y control del Jefe de Estado, por tratarse del manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público⁶;

h) Artículo 8°.

Por último, en lo que respecta a la vigencia y derogatoria se debe señalar que la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-444 del 8 de julio de 2009, estableció que los vendedores de Vivienda Nueva de Interés Social (VIS) están obligados a constituir una póliza de calidad y estabilidad de los inmuebles.

Al respecto, el proyecto de ley no menciona en forma particular qué tipos de vivienda nueva deben tener el seguro de calidad y estabilidad, no se menciona si la disposición es para Vivienda de Interés Social (VIS), interpretándose en forma general que es para todo tipo de vivienda. En este orden de ideas, es necesario que quede en forma clara si la idea es derogar la norma en la cual se establece la obligación del constructor de tener dicha póliza para de interés social (VIS), con el fin de evitar duplicidades indeseables y que pueden llevar a posibles malas interpretaciones.

En virtud de lo expuesto, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público de manera respetuosa solicita se tengan en cuenta las anteriores consideraciones durante la discusión de la iniciativa, no sin antes manifestar nuestra voluntad de colaborar con la actividad legislativa en términos de responsabilidad fiscal vigente.

Cordialmente,



ANDRÉS ESCOBAR ARANGO
Viceministro Técnico

Con copia:

Honorable Senador Orlando Castañeda Serrano
- Coordinador Ponente

Honorable Senador Luis Evelis Andrade Casamá - Ponente

Honorable Senador Javier Mauricio Delgado Martínez - Ponente

aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público (...)

(<https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/loader.jsf?lServicio=Publicaciones&ITipo=publicaciones&IFuncion=loadContenidoPublicacion&id=60607#funciones2>).

⁶ En efecto, en el caso de la actividad financiera, la Corte ha señalado que dicha actividad tiene que allanarse a los principios fundantes del Estado social de derecho, sometida expresamente a procurar el bien común y el interés general (artículos 58, 78, 150-19, lit. d); 189, 24 y 25, 209, 211, 333, 334, 335).

Honorable Senadora Yamina del Carmen Pestana Rojas - Ponente

Honorable Senadora Nadia Georgette Blel Scaff - Ponente

Honorable Senador Édinson Delgado Ruiz - Ponente

Honorable Senador Antonio José Correa Jiménez - Ponente

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

UJ-0587/15

* * *

**CONCEPTO JURÍDICO DEL
MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN
SOCIAL AL PROYECTO DE LEY NÚMERO
90 DE 2014 SENADO**

por medio de la cual se establecen medidas dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud para reglamentar la venta de medicamentos y el adecuado uso de los antibióticos, se prohíbe la venta de antibióticos sin fórmula médica y se dictan otras disposiciones.

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 90 de 2014 Senado, *por medio de la cual se establecen medidas dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud para reglamentar la venta de medicamentos y el adecuado uso de los antibióticos, se prohíbe la venta de antibióticos sin fórmula médica y se dictan otras disposiciones.*

Señor Secretario:

Teniendo en cuenta que la iniciativa de la referencia está pendiente de surtir debate en la Plenaria del Senado de la República, 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 703 de 2014.

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

1. EL PROYECTO DE LEY

Retomando los planteamientos realizados en otras propuestas (v. gr. Proyecto de ley número 274 de 2008 Senado), se consagra la restricción en la venta de medicamentos. Para tal fin, se organiza

en 10 artículos cuyo contenido puede ser resumido así:

1.1. Señala que la venta de medicamentos bajo el régimen de fórmula médica solo serán suministrados previa exhibición de la misma (igualmente y en cuanto a los antibióticos, artículo 4°). Aclara, además, que solo podrá comercializarse en farmacias y droguerías autorizadas (artículos 1° y 2°). Es más, este Ministerio deberá implementar un sistema de control y registro que permita su seguimiento así como un mecanismo para llevarlo a cabo que involucre a las organizaciones solidarias y a las ligas de consumidores (artículos 2° y 9°). Dicho control debe extenderse a la venta de antibióticos vía internet (artículo 7°). Adicionalmente, el Gobierno nacional, con la comparecencia del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, dispondrá de los mecanismos para controlar el uso de antibióticos “[...] en animales para el consumo humano” (artículo 8°).

1.2. En el caso de los medicamentos de venta libre, los dependientes de farmacias y droguerías deberán informar sobre las restricciones de uso y los riesgos de automedicación (artículo 2°, párrafo 1°).

1.3. En relación con la automedicación de antibióticos (artículo 3°), será tarea del Gobierno nacional, a través de esta Cartera, implementar medidas educativas de sensibilización y concientización sobre el particular. Las EPS y las IPS tendrán como labor educar sobre el uso apropiado de estos medicamentos y las farmacias y droguerías difundirán la información educativa que se genere.

1.4. En el artículo 5°, se determina la prohibición de vender “[...] de manera fraccionada medicamentos antibióticos al público, ni dispensar tratamientos con medicamentos antibióticos de manera incompleta”.

1.5. Se fijan unas sanciones a quienes vulneren lo contemplado en el articulado, aquellas serán impuestas por las autoridades de salud de los departamentos, municipios y distritos.

2. Consideraciones

2.1. Anotación general

La iniciativa se fundamenta en la necesidad de reglamentar la venta de medicamentos y el uso adecuado de antibióticos. Ello conduce a plantear un primer interrogante y tiene que ver con la necesidad de la norma pues, de acuerdo con la estructura, una cosa es su ejecutabilidad y otra su existencia. Este constituye uno de los dramas a los que se enfrenta el derecho ya que, en ciertas ocasiones, a una disposición le hace falta otra norma para que se haga efectiva su “respetabilidad”¹, lo que introduciría un falso paliativo. Naturalmente, ello exige estimar, además, si la regulación debe estar a nivel de ley.

¹ EL DESAFÍO CÍNICO SEGUIDO DE EL DERECHO CIVILIZADOR, Óscar Reyes M., ediciones Desde Abajo, Bogotá, D. C., marzo de 2003, página 216.

Aunque el proyecto se detiene en el primero de estos puntos su énfasis está en el segundo. De ahí que sea relevante considerar los preceptos existentes y las medidas que se han previsto para garantizar su cumplimiento.

Al respecto, y en torno a la normatividad que ha desarrollado la materia y con base en lo dispuesto en las Leyes 23 de 1962, 100 de 1993 y 715 de 2001, se tiene que:

– Desde el Decreto número 677 de 1995, se define la condición de comercialización de los medicamentos como: bajo venta libre, bajo fórmula médica, bajo control especial o para uso hospitalario exclusivamente. Por su parte, el Decreto número 2200 de 2005 contiene una normatividad integral en la materia, la cual desarrolla el servicio farmacéutico, las funciones y requisitos y, sobre la prescripción de medicamentos, establece:

Artículo 16. Características de la prescripción. Toda prescripción de medicamentos deberá hacerse por escrito, previa evaluación del paciente y registro de sus condiciones y diagnóstico en la historia clínica, utilizando para ello la Denominación Común Internacional (nombre genérico) y cumpliendo los siguientes requisitos:

1. Solo podrá hacerse por personal de salud debidamente autorizado de acuerdo con su competencia.

2. La prescripción debe ser en letra clara y legible, con las indicaciones necesarias para su administración.

3. Se hará en idioma español, en forma escrita ya sea por copia mecanográfica, medio electromagnético y/o computarizado.

4. No podrá contener enmendaduras o tachaduras, siglas, claves, signos secretos, abreviaturas o símbolos químicos, con la excepción de las abreviaturas aprobadas por el Comité de Farmacia y Terapéutica de la Institución.

5. La prescripción debe permitir la confrontación entre el medicamento prescrito y el medicamento dispensado (en el caso ambulatorio) y administrado (en el caso hospitalario) por parte del profesional a cargo del servicio farmacéutico y del Departamento de Enfermería o la dependencia que haga sus veces.

6. La prescripción debe permitir la correlación de los medicamentos prescritos con el diagnóstico.

7. La dosis de cada medicamento debe expresarse en el sistema métrico decimal y en casos especiales en unidades internacionales cuando se requiera.

8. Cuando se trate de preparaciones magistrales, además de los requisitos de prescripción, se debe especificar claramente cada uno de los componentes con su respectiva cantidad.

En lo concerniente a las obligaciones del dispensador de medicamentos, en el mismo decreto se estipula:

Artículo 19. Obligaciones del dispensador. Son obligaciones del dispensador:

1. Verificar que la prescripción esté elaborada por el personal de salud competente y autorizado y que cumpla con las características y contenido de la prescripción, establecidos en el presente decreto [...].

[...] 3. Exigir la prescripción para aquellos medicamentos en los que aparezca en la etiqueta la leyenda “Venta Bajo Fórmula Médica”. [Énfasis fuera del texto].

En el artículo 26 del aludido decreto se indica lo referente a las competencias de inspección, vigilancia y control a cargo de las entidades territoriales, la Superintendencia Nacional de Salud y del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (Invima) de acuerdo con las atribuciones asignadas a cada una de estas entidades.

– De otro lado, el artículo 1° del Decreto número 3050 de 2005, consagra:

Artículo 1°. Del expendio de los medicamentos. Los medicamentos que requieran para su venta de la fórmula facultativa, solo se podrán expender en droguerías y farmacias- droguerías.

Los medicamentos de venta libre o de venta sin fórmula facultativa, se podrán expender, además de los establecimientos antes citados, en almacenes de cadena o de grandes superficies por departamentos y en otros establecimientos comerciales que cumplan con las Buenas Prácticas de Abastecimiento expedidas por el Ministerio de la Protección Social².

Mientras se expiden las Buenas Prácticas de Abastecimiento, estos establecimientos deberán cumplir con las condiciones de almacenamiento indicadas por el fabricante de estos productos y con las condiciones higiénicas y locativas que garanticen que los productos objeto de este decreto conserven su calidad. En todo caso, deberán estar ubicados en estantería independiente y separados de otros productos.

– En materia de procedimientos de inyectología y monitoreo de glicemia, el Decreto número 2330 de 2006 establece que corresponde a las entidades territoriales la vigilancia y control de las exigencias contenidas para los establecimientos autorizados para practicarlos.

– Adicionalmente, y en punto a las Condiciones Esenciales y Procedimientos del Servicio Farmacéutico, este Ministerio ha expedido las Resoluciones números 1403 y 2955, ambas de 2007.

De acuerdo con lo anterior, se puede colegir que existen disposiciones, a nivel reglamentario, por medio de las cuales se han adoptado los vértices esenciales de la propuesta *sub examine*, a saber:

– Que la venta de medicamentos con restricción solo sea realizada en virtud de fórmula médica.

² Hoy Ministerio de Salud y Protección Social (Cfr. Decreto-ley 4107 de 2011).

– Que, especialmente, la venta de medicamentos antibióticos sea realizada bajo el régimen de fórmula médica.

– Los mismos solo puedan distribuirse por establecimientos autorizados para tal fin.

Estos elementos se encuentran descritos en el siguiente fallo de tutela proferido por la Corte Constitucional en el cual se tuvieron en cuenta una serie de características respecto de la medicación:

[...] Es por ello que, según lo aprecia la Corte, constituye falta del médico a su deber frente al paciente toda conducta consistente en formularle medicamentos o tratamientos de manera desordenada o descoordinada, sin llevar el registro de lo recetado u omitiendo dejar, para el paciente y para su historia clínica, la precisa constancia de lo actuado durante el tiempo en que le presta sus servicios. De allí que, como lo establece el artículo 33 de la Ley 23 de 1981, sea obligatoria para todos los profesionales de la salud la exigencia de que, cuando formulen o prescriban la aplicación de drogas, lo hagan por escrito.

Pero, por otra parte, como es innegable el interés del paciente en cuanto al tratamiento que se le sigue, la Corte considera necesario advertir que goza del derecho a conocer en qué consiste, cuáles son los nombres, ya sea científicos o comerciales, de las sustancias que debe consumir o aplicarse en ejecución de la orden médica. Puede, entonces, interrogar al médico tratante a ese respecto y este tiene la obligación de responderle.

El médico que no prescribe la droga por escrito, salvo caso de fuerza mayor o de extrema urgencia que haga indispensable recurrir a un medio telefónico o similar para salvar la vida del paciente, ya está incurso en una falta susceptible de ser sancionada de conformidad con la transcrita regla legal.

Pero si, adicionalmente, ante el requerimiento del paciente, se niega el facultativo a suministrarle la información a la que tiene derecho en los términos precedentes, pone en grave peligro sus derechos fundamentales y, aparte de las sanciones que se le pudieran imponer por transgredir los principios éticos que lo vinculan, puede ser demandado en acción de tutela, dada la indefensión del enfermo, para que cumpla con la indicada obligación [...]³.

Es más, la normatividad dispone una serie de detalles en torno a la fórmula médica expedida y unas exigencias en la forma en que debe ser dispensado el medicamento. De esta manera, el Gobierno nacional no ha soslayado esta exigencia que, como se enuncia en la exposición de motivos, es consustancial a la venta y suministro de ciertos medicamentos, en función del riesgo que pueden acarrear. Adicionalmente y según se destaca en la sentencia mencionada, la medicación aborda aspectos de la ética médica, en los términos indicados en la Ley 23 de 1981 (artículos 33 y ss.).

³ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-151 de 17 de abril de 1996, M. P.: José Gregorio Hernández Galindo.

Bajo esta perspectiva, cabe preguntar: ¿es preciso que tal regulación se encuentre a nivel legal? Sobre el particular, las fuentes legales que han dado origen a la expedición de los Decretos números 2200 y 3050, ambos de 2005, permiten evidenciar que ello no es necesario. Las facultades de intervención del Gobierno nacional en el Sector Salud son, además, suficientes para lograr los objetivos propuestos. Es más, no son temas respecto de los cuales haya una reserva específica de ley, en donde se requiera una determinación detallada de los elementos regulatorios, tal y como sí ocurre en puntos como las sanciones por incumplimiento de una disposición incluida en el reglamento⁴, la determinación de inhabilidades e incompatibilidades y, en general, las restricciones y prohibiciones⁵, la determinación de competencias o la asignación de funciones, la regulación de monopolio de juegos de suerte y azar (artículo 336 C. Pol.), la creación de tributos o la modificación de los existentes⁶ y entre ellos, la determinación de algunos de los elementos del tributo o contribución (artículo 338 C. Pol.), los aspectos procesales (cfr. artículo 29 C. Pol.), la reserva documental como aspecto deferido exclusivamente a la determinación que adopte el legislador, la determinación del destino de los recursos públicos del nivel nacional (artículo 345 ibíd.), *inter alia*. Finalmente, es de anotar que la regulación legal puede generar problemas conceptuales o terminológicos (por la evolución de las ciencias) y dificultades en la interpretación y aplicación de las normas.

2.2. *Comentarios específicos al articulado*

Desde esta óptica se considera que la iniciativa no constituye una novedad ni puede afirmarse que se produce en virtud de una falencia en el sistema pues ya existe una normatividad protectora en la materia, a través de la cual se desarrollan los principios básicos de atención en salud y, particularmente, el suministro y dispensación de medicamentos. Así, y sin desmedro del comentario principal, en lo tocante al articulado propuesto se precisa lo siguiente:

i) Como ya se ha expresado en cuanto a la venta de medicamentos con fórmula médica, tanto el Decreto número 677 de 1995 como el Decreto número 2200 de 2005, consagran los regímenes de venta de los medicamentos, las características de prescripción y las obligaciones y prohibiciones del dispensador. No sobra indicar que el Decreto número 1950 de 1964, reglamentario de la Ley 23 de 1962, ya establecía la restricción de venta de antibióticos y el lugar en donde se puede realizar.

De otra parte, las expresiones “*farmacias y droguerías*”, no concuerdan con lo dispuesto tanto en

⁴ Se puede consultar, entre otras, Sentencias C-371 de 2000, M. P.: Carlos Gaviria Díaz, C-181 de 2002, M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra y C-233 de 2002, M. P.: Álvaro Tafur Galvis.

⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-468 de 14 de mayo de 2008, M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-403 de 23 de mayo de 2007, M. P.: Álvaro Tafur Galvis.

el Decreto número 2200 ya mencionado como en la Resolución número 1403 de 2007 que utiliza las locuciones “*establecimientos farmacéuticos*”. Estas reflexiones son aplicables al artículo 4° del proyecto de ley;

ii) De acuerdo con la normatividad aludida, la dispensación de medicamentos de que trata el artículo 2° de la iniciativa, así como la entrega de medicamentos, solamente es realizada por los profesionales químicos farmacéuticos, tecnólogos en regencia de farmacia, auxiliares de servicios farmacéuticos, director de droguería, farmacéutico licenciado, o el expendedor de drogas. En ningún momento, están autorizados para hacerla los gerentes, propietarios, tenedores, administradores y “*dependientes*” (término no definido en la normatividad vigente) de droguerías y farmacias, tal y como se propone en el proyecto de ley. En efecto, la condición de propietario o tenedor de un establecimiento no supone la experticia y el conocimiento necesarios para la dispensación de un medicamento en la medida que para ostentar la calidad de propietario o tenedor no se exige un conocimiento profesional.

Con respecto al sistema de control y registro que permita efectuar el seguimiento de los “*despachos*” de medicamentos, existe ya implementado un aplicativo en PISIS –plataforma de integración del SISPRO– que consolida la entrega de medicamentos, dispositivos médicos y realización de procedimientos del Plan de Beneficios (emitida por la Dirección de Beneficios, Costos y Tarifas).

De otro lado, en el Decreto número 2200 de 2005 ya se estipula dentro de las obligaciones del dispensador la entrega y dispensación de medicamentos de un modo apropiado, informando al usuario sobre los aspectos indispensables que garanticen el efecto terapéutico y promuevan el uso adecuado de los medicamentos, tales como: condiciones de almacenamiento, cómo reconstituirlos, cómo medir la dosis, qué cuidados debe tener en la administración, interacciones con alimentos y otros medicamentos, advertencias sobre efectos adversos, contraindicaciones y la importancia de la adherencia a la terapia.

Adicionalmente, en relación al mecanismo para efectuar seguimiento al cumplimiento de lo dispuesto en este precepto por parte de esta Cartera, corresponde, de acuerdo con las competencias establecidas en la Ley 715 de 2001, a las Entidades Territoriales. Por ello, no es una función propia del Ministerio de Salud y Protección Social;

iii) En atención al artículo 3°, relativo a la automedicación de antibióticos, debe definirse a qué se refiere la iniciativa al mencionar que este Ministerio “[...] *implementará medidas efectivas* [...]” [Énfasis fuera del texto], ya que esto no es claro ni concreto.

Este articulado pretende reglamentar un aspecto que hasta el momento no ha sido desarrollado y requiere su cumplimiento, involucrando, además, al asegurador y al prestador de servicios de salud.

Corresponde a los establecimientos farmacéuticos, no solamente la difusión masiva de las campañas educativas para el correcto uso de los antibióticos, sino la adecuada venta exigiendo la fórmula médica y sin inducir al uso inadecuado de este tipo de medicamentos a través de publicidad, dádivas, promociones, etc. A este respecto, la Ley 1438 de 2011 (artículo 106, mod. por el artículo 133 de la Ley 1474 de 2011), prohíbe las dádivas y prebendas para evitar esa clase de malas prácticas.

A esto debe sumarse el hecho de que existe poco énfasis en la publicidad de esta clase de disposiciones que deben ser apropiadas por la ciudadanía e integrarse a su cotidianeidad en la medida en que la preservan de un riesgo evidente. Hábitos como la autoformulación, la consulta a personas que no son profesionales de la salud, entre otros, deben ser combatidos mediante campañas masivas de concientización que traten los posibles daños que ello acarrearía. Sobre el particular, no se insistirá lo suficiente en temas de educación y salud lo cual genera un considerable aporte en la prevención y promoción;

iv) En lo concerniente a la prohibición de fraccionar medicamentos (artículo 5°), efectivamente no incumbe a los establecimientos farmacéuticos determinar si realizan el fraccionamiento de algún tipo de medicamento, teniendo en cuenta que las presentaciones comerciales de estos son autorizadas por el Invima al momento de otorgar el registro sanitario.

Por ello, atañe al Estado establecer mecanismos para la dispensación de tratamientos farmacológicos completos, de acuerdo con la prescripción médica y duración del tratamiento. Para cumplir con esto se requiere ante todo que la industria farmacéutica comercialice los medicamentos en las presentaciones que se requieren para los tratamientos prescritos, en consonancia con lo ordenado por el médico tratante, es decir, en las cantidades exactas (por ejemplo 7 tabletas, 21 tabletas, etc.);

v) En torno al régimen sancionatorio, se considera importante incluir esquemas de proporcionalidad o gradualidad o remitir a los existentes pues, a través de los mismos, se definen parámetros para el aplicador jurídico, matizando la subjetividad. De otra parte, debe producirse un esfuerzo por dar claridad a la infracción administrativa. Así se desprende del siguiente texto:

[...] En materia de tipificación de las infracciones, la tendencia apunta a exigir una claridad suficiente, pero aceptando un grado de precisión menor al requerido en el derecho penal, lo cual comporta un menor rigor en la defensa del principio de reserva de ley en materia de infracciones administrativas⁷. En lo que respecta al procedimiento, se

⁷ En cuanto a los países de tradición romano-germánica, el Tribunal Constitucional Español ha considerado “contrario a la Constitución, (...) la habilitación conferida a la administración, por una norma desprovista de contenido material propio en cuanto a la especificación de las infracciones administrativas y las consecuencias ad-

aprecia que las principales decisiones han versado sobre el derecho de defensa y la necesidad de motivación del acto que impone la sanción⁸. En lo atinente a los temas analizados específicamente en la presente sentencia –aplicación de las sanciones (culpabilidad y proporcionalidad) y distribución de la carga de la prueba– es necesario adelantar algunas consideraciones menos generales [...] ⁹.

Es más, las mismas deben imponerse pero son sujeción a un debido proceso (artículo 29 C. Pol.), como ya se ha indicado, por lo que sería recomendable efectuar una remisión. Sobre el particular, la Corte Constitucional ha puntualizado:

[...] 3.3.2. En uno de los primeros fallos en los que abordó el tema, esta Corporación reiteró la jurisprudencia de la Corte Suprema en la que se había puesto de presente que el *ius punendi* del Estado es un género que cubre varias especies entre las que se cuentan el derecho penal y el derecho administrativo sancionador¹⁰.

En razón a su condición de actividad punitiva del Estado, la imposición de sanciones administrativas se encuentra sujeta al artículo 29 de la Constitución que consagra el derecho al debido proceso. De esta manera “los principios del derecho penal –como forma paradigmática de control

de la potestad punitiva– se aplican, con ciertos matices, a toda las formas de actividad sancionadora del Estado”^{11, 12}. El debido proceso, por su parte “comporta una serie de garantías como la publicidad y celeridad del procedimiento, el derecho de defensa y contradicción, el principio de legalidad del ilícito y de la pena, la garantía del juez competente, etc., que solo tienen sentido referidas a la actividad sancionadora del Estado. Es decir son garantías aplicables al proceso de imposición de sanciones” [...] ^{13, 14}.

La Alta Corporación también enfatizó:

En cuanto a las sanciones disciplinarias establece que el profesional que incurra en cualquiera de las faltas allí previstas puede ser sancionado con censura¹⁵, multa¹⁶, suspensión¹⁷ o exclusión¹⁸ del ejercicio de la profesión. La imposición de tales sanciones debe regirse por los criterios de graduación que la propia ley establece. (Artículo 40 Ley 1123 de 2007). Esos criterios de graduación (artículo 45 *ib.*) están clasificados en: (i) Generales, dentro de los cuales se ubican algunos de carácter objetivo (la modalidad de la conducta y sus circunstancias, su trascendencia social, y el perjuicio ocasionado), y otros de naturaleza subjetiva (los motivos determinantes del comportamiento)¹⁹; (ii)

ministrativas a las que ellas lleven” (Sentencia número 42 del 7 de abril de 1987. Jurisprudencia Constitucional, 1987 Vol. XVII p. 490), y a la vez se ha limitado a exigir una simple “cobertura legislativa” de la materia y estima suficiente la determinación de los rasgos principales del comportamiento antijurídico (Sentencia número 3 de 1988, Jurisprudencia Constitucional, 1988, Vol. XX, p. 14). Igualmente, la Corte Constitucional italiana afirma que en materia de sanciones administrativas es exigible “el principio de tipicidad del comportamiento sancionable” (*Principio di Tipicità di Comportamenti Sanzionabili*, Sentencia número 100 de 1981, *Giuriprudenza Costituzionale*, 1981, p. 843) pero que en estos casos no es posible predecir todos los comportamientos específicos que equivaldrían a una sanción, por lo que es legítimo utilizar “expresiones generales suficientes para individualizar la norma en cuestión y apreciar si un comportamiento determinado la ha desconocido”. La misma tendencia puede ser observada en los países de tradición anglosajona. La Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos ha sostenido que las normas que establecen sanciones administrativas deben contener estándares suficientemente claros para guiar a la administración pero ha aceptado estándares más vagos que en el régimen penal, de acuerdo a dos fundamentos: Primero, las determinaciones legislativas mínimas son suficientes en materias en que es conveniente dejar las precisiones al juicio de organismos administrativos técnicos con mayor conocimiento de la regulación sectorial, y segundo, la necesidad de reacción oportuna en materias en las cuales surgen comportamientos contrarios a derecho difíciles de prever (*Panama Refining Co vs Ryan* (1935) 293 US 388; *Scheller Poultry Corp vs United States* (1935) 295 US 495).

⁸ Ver *Moderne, op. cit.* páginas 315-320.

⁹ **CORTE CONSTITUCIONAL**, Sentencia C-616 de 6 de agosto de 2002, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁰ Sentencia C-214 de 1994; M. P.: Antonio Barrera Carbonell (En esta sentencia, en la que la Corte Constitucional conoció de una demanda contra una norma que establece una multa en el ámbito del control vehicular, se realiza uno de los primeros estudios por parte de esta Corporación en materia de potestad sancionatoria de la administración).

¹¹ Al respecto pueden consultarse las Sentencias C-599 de 1992, C-390 de 1993, C-259 de 1995, C-244 de 1996, entre otras.

¹² Sentencia C-690 de 1996; M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

¹³ Sentencia C-506 de 2002; M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra (En esta sentencia, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de varias normas relativas a sanciones tributarias. Consta allí un resumen de la jurisprudencia proferida por esta Corporación sobre dicha materia).

¹⁴ **CORTE CONSTITUCIONAL**, Sentencia C-616 de 6 de agosto de 2002, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁵ Conforme al artículo 41 de la ley consiste en la reprobación pública que se hace al infractor por la falta cometida.

¹⁶ De acuerdo con el artículo 42 es una sanción de carácter pecuniario que no podrá ser inferior a un (1) smmlv ni superior a cien (100) smmlv, dependiendo de la gravedad de la falta, la cual se impondrá en favor del Consejo Superior de la Judicatura el cual organizará programas de capacitación y rehabilitación con entidades acreditadas, pudiendo incluso acudir a los colegios de abogados.

¹⁷ La suspensión consiste en la prohibición de ejercer la profesión por el término señalado en el fallo. Esta Sanción oscilará entre dos (2) meses y (3) tres años. Esta sanción podrá agravarse (entre seis meses y cinco años) cuando los hechos que originen la imposición de la sanción tengan lugar en actuaciones judiciales del abogado que se desempeñe o se haya desempeñado como apoderado o contraparte de una entidad pública.

¹⁸ Consiste en la cancelación de la tarjeta profesional y la prohibición para ejercer la abogacía.

¹⁹ **“ARTÍCULO 45. Criterios de graduación de la sanción.** Serán considerados como criterios para la graduación de la sanción disciplinaria, los siguientes:

A. Criterios generales

1. La trascendencia social de la conducta.

2. La modalidad de la conducta.

3. El perjuicio causado.

4. Las modalidades y circunstancias en que se cometió la falta, que se apreciarán teniendo en cuenta el cuidado empleado en su preparación.

5. Los motivos determinantes del comportamiento”. Diario Oficial número 46.519 del 22 de enero de 2007.

de atenuación, como la confesión y el resarcimiento o compensación del daño²⁰; (iii) de agravación, tales como la entidad de los bienes jurídicos afectados, la sindicación infundada a terceros, el aprovechamiento propio o ajeno de valores recibidos en virtud del encargo, la concurrencia de copartícipes en el hecho, la existencia de antecedentes disciplinarios, y el aprovechamiento de una circunstancia de vulnerabilidad en el afectado^{21, 22}.

En cuanto a las sanciones, no puede desconocerse que estas deben ser ejemplares y se deben dirigir a tutelar, adecuadamente, el bien jurídico protegido.

De otra parte, en este punto no es aconsejable ni es técnico ni legal, traslapar competencias entre los departamentos y los municipios y distritos, tal y como se percibe del parágrafo del artículo 6° propuesto. En efecto, uno de los problemas en esta temática tiene que ver con esa clase de indefiniciones que además pueden atentar contra el juez natural;

vi) En lo referente a la venta de antibióticos por internet (artículo 7°), debe señalarse que no permite ni garantiza control sobre el medicamento. Por el contrario, se estaría admitiendo e induciendo a la población al consumo masivo de medicamentos, en general, a través de estos medios sin algún tipo de vigilancia y control;

vii) En relación con el sistema de información que permita hacer seguimiento, monitoreo y vigilancia al consumo de medicamentos y en especial de antibióticos en el país (artículo 9°), existe –como ya se indicó– un aplicativo en PISIS que consolida la entrega de medicamentos, dispositivos médicos y realización de procedimientos del Plan de Beneficios (emitida por la Dirección de Beneficios, Costos y Tarifas).

²⁰ “[B] Criterios de atenuación. “(...) 1. La confesión de la falta antes de la formulación de cargos. En este caso la sanción no podrá ser la exclusión siempre y cuando carezca de antecedentes disciplinarios. 2. Haber procurado, por iniciativa propia, resarcir el daño o compensar el perjuicio causado. En este caso se sancionará con censura siempre y cuando carezca de antecedentes disciplinarios”.

²¹ “(...) C. Criterios de agravación
1. La afectación de Derechos Humanos.
2. La afectación de derechos fundamentales.
3. Atribuir la responsabilidad disciplinaria infundadamente a un tercero.
4. La utilización en provecho propio o de un tercero de los dineros, bienes o documentos que hubiere recibido en virtud del encargo encomendado.
5. Cuando la falta se realice con la intervención de varias personas, sean particulares o servidores públicos.
6. Haber sido sancionado disciplinariamente dentro de los 5 años anteriores a la comisión de la conducta que se investiga.
7. Cuando la conducta se realice aprovechando las condiciones de ignorancia, inexperiencia o necesidad del afectado”.

²² **CORTE CONSTITUCIONAL**, Sentencia C-290 de 2 de abril de 2008, M. P. Jaime Córdoba Triviño. Igualmente, cfr. Sentencia C-379 de 23 de abril de 2008, M. P.: Humberto Sierra Porto.

Ello debe permitir contar con la información del consumo de medicamentos para la toma de decisiones, y por lo tanto deben ser involucrados también otros actores, como las farmacias y droguerías y los demás establecimientos farmacéuticos, la industria farmacéutica, titulares de registro sanitario, importadores, etc.

En estos términos, se presenta la posición del Ministerio de Salud y Protección Social en lo relativo a la iniciativa legislativa de la referencia.

Atentamente,


ALEJANDRO GAVIRIA URIBE
Ministro de Salud y Protección Social


CONCEPTO JURÍDICO DE LA ASOCIACIÓN NACIONAL DE EMPRESARIOS DE COLOMBIA (ANDI) AL TEXTO APROBADO EN PRIMER Y TERCER DEBATE DE LAS COMISIONES ECONÓMICAS CONJUNTAS AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 138 DE 2015 SENADO, 200 DE 2015 CÁMARA

por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018: Todos por un Nuevo País.

DOCUMENTO PLAN NACIONAL DE DESARROLLO

La Asociación Nacional de Empresarios de Colombia (ANDI), inspirada en el bien común, en la democracia participativa y en la búsqueda del mayor desarrollo y beneficio social para los colombianos, se permite presentar sus opiniones con respecto del Proyecto de ley número 138 de 2015 Senado, 200 de 2015 Cámara, *por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018: Todos por un Nuevo País.*

De manera particular, se presentan comentarios sobre los siguientes asuntos:

I. Facturas Electrónicas (artículo 9°)

El artículo 9° crea el Registro Único de Facturas Electrónicas como repositorio único y centralizado de las facturas electrónicas que recorran el país que garantice su transacción en condiciones de mercado, cuya operación será financiada por una contraprestación pagada por quien solicite el registro.

El artículo tiene un propósito loable y lograría efectos positivos en el mercado nacional de facturas como la reducción del riesgo, la mayor trazabilidad de las facturas y un aumento en la liquidez de quienes deban realizar contratos de factoring. No obstante, el pago del registro a cargo de quien emita la factura tendrá el efecto de opacar los beneficios antes enunciados dado el reducido beneficio económico que dicho generaría en la tran-

sacción de facturas electrónicas. Al respecto, sería ideal adoptar un modelo similar al que opera en Chile, donde dicha contraprestación está en cabeza de quien consulte el registro, solicite una certificación de existencia o desee registrar una transacción. De esta manera, sería posible que los actores del sector productivo, particularmente las Pymes, se beneficiaran de la intención del artículo sin mayor afectación económica.

Por otra parte, la aspiración de garantía de condiciones de mercado parecería exceder el ámbito de cobertura del artículo. En efecto, se trata de la creación que un Registro, el cual permitirá dar mayor transparencia al mercado de facturas electrónicas, lo que siguiendo las normas del libre mercado, facilitaría la determinación de precios competitivos para la transacción de facturas electrónicas. No obstante, la manifestación explícita de dicha finalidad en la norma generaría problemas en su aplicación, en la medida que existen diversos mercados de negociación para estos títulos: aquellos sujetos a regulación del Estado (mercado financiero), o aquellos del sector real (el factoraje del sector real); también si son operaciones realizadas en distintas regiones del país o según la responsabilidad que el endosante asuma, con responsabilidad (factoring con recurso) o sin ella (Factoring sin recurso). Como se revela, existen una diversidad de mercados cuya verificación es muy compleja y podría restar agilidad al mercado y fomentar la informalidad. Por ello, recomendamos, respetuosamente, eliminar el aparte en comentario.

II. Tecnologías para el Servicio al Ciudadano (artículo 45)

Las modificaciones introducidas en la ponencia al artículo 46 son favorables y permitirán la apropiación de las tecnologías de la información para mejorar los servicios provistos por el Estado a los ciudadanos, lo que a su vez aumentará la competitividad del país.

No obstante, sería deseable que dicho cambio incluyera también la apropiación de tecnologías, no solo en Entidades del Estado, sino también en el espacio público. De esta manera, se lograría la mejora y creación de soluciones para aumentar la eficiencia en los componentes de las ciudades, contribuyendo positivamente a la competitividad de la ciudad, la calidad de vida y el desarrollo sostenible. Asimismo, se avanzaría en los cometidos del Documento Visión 2019, desarrollado por la Presidencia de la República y el Departamento Nacional de Planeación, elevando la información como un derecho efectivo y un instrumento de difusión y apropiación de conocimiento. Por lo anterior, resultaría favorable la inclusión de una disposición que contemple el concepto de Ciudades Inteligentes o retome el concepto de Ciudades Digitales contenido en el Plan de Desarrollo 2010-2014.

III. Política Nacional de Trabajo Decente (artículo 75)

El artículo 75 establece la responsabilidad del Ministerio del Trabajo de elaborar una Política

Nacional de Trabajo Decente, al paso que se establece que el Gobierno deberá fijar las reglas para garantizar que las empresas cumplan las normas laborales en procesos de tercerización.

Frente a lo segundo, es preciso recordar que verificar el cumplimiento de la ley es una obligación que los artículos 2°, 4° y 6° de la Constitución le imponen al Gobierno nacional, sin necesidad que lo haga el Plan Nacional de Desarrollo. De esta manera y siguiendo los postulados constitucionales y aquellos del Código de Comercio, el Código Civil y el Código Sustantivo del Trabajo, el Gobierno debe promover el adecuado cumplimiento de las diversas formas de contratación que existen en nuestro ordenamiento jurídico, sin limitarse a los procesos de tercerización. En este contexto, la disposición resulta infructuosa.

Por otra parte, la inclusión del concepto de Empresa Sostenible, como complemento a aquel de Trabajo Decente, alinearía las políticas de Trabajo Decente promovidas en Colombia, con aquellas recomendadas por la Organización General del Trabajo (OIT).

Así, en su Conferencia General de 2007, la OIT entendió el concepto de Empresa Sostenible, como una respuesta a la aspiración de la sociedad de seguir un modelo de crecimiento que respete los valores y principios del trabajo decente, la dignidad humana y la sostenibilidad del ambiente. De esta manera, la premisa fundamental de la Empresa Sostenible es que las empresas suelen prosperar cuando las sociedades prosperan y viceversa. Por ello, la promoción de Empresas Sostenibles no es solo la mejor forma de lograr el Trabajo Decente, su promoción supone también el fortalecimiento del Estado de Derecho y la Sostenibilidad Ambiental del país.

IV. Juegos de Rifas y Azar (artículo 95)

El artículo 95 modifica la definición de Juegos de Suerte y Azar contenida en la Ley 643 de 2001. Particularmente, la disposición pretende eliminar la exclusión que actualmente tienen los comerciantes e industriales del ámbito de aplicación de la Ley 643, cuando realicen actividades promocionales para impulsar sus ventas.

Dicha exclusión se fundamenta en las premisas que tales actividades no hacen parte del objeto social de comerciantes o industriales, ni las ejercen profesionalmente, derivando ganancia alguna de ellas. Por el contrario, son actividades accesorias a su objeto principal, que les permite aumentar su flujo de caja y generar empleo. Así, la Corte Constitucional manifestó en Sentencia C-169 de 2004 lo siguiente:

“Las promociones que realizan los comerciantes o industriales no tienen por propósito desarrollar un juego de suerte o azar con carácter profesional, sino crear un estímulo usualmente esporádico u ocasional como estrategia para impulsar sus ventas; este propósito no resulta irrazonable si se tiene en cuenta que el objetivo principal es que los

empresarios aumenten su flujo de caja, fomenten el desarrollo empresarial y la creación de empleo tanto directo como indirecto.

“También es claro que los mencionados sorteos promocionales no son parte del objeto social de la persona jurídica que se dedica a la actividad comercial o industrial, como tampoco de la actividad principal a la que se dedica la persona natural, sino que constituye una especie de estímulo que bien puede otorgar a quienes se dedican a crear empresa, a promover la industria y el comercio, al crecimiento económico y a la generación de empleo”.

Por lo anterior, se solicita respetuosamente, el restablecimiento de los juegos promocionales que realicen los comerciantes e industriales, dentro de las actividades excluidas del ámbito de aplicación de la Ley 643. De esta manera, el proyecto de ley se alinearía con la jurisprudencia constitucional aplicable y permitiría mantener estándares de competitividad al no gravar los esfuerzos de crecimiento y promoción del sector productivo.

V. Cotización de Independientes (artículo 137)

El artículo 137 del proyecto de ley de Plan Nacional de Desarrollo, de un lado, contempla la posibilidad de deducir las expensas que cumplen con los requisitos del artículo 107 del Estatuto Tributario; del otro, un sistema de presunción de ingresos que debe expedir el Gobierno y de obligatoria aplicación. El primer aspecto daría lugar a numerosas discusiones en cuanto a si una expensa cumple, o no, los requisitos del artículo 107 del Estatuto Tributario. El segundo aspecto, a su vez, generaría una multiplicidad de ingresos bases de cotización.

El objetivo, tratándose del ingreso base de cotización de independientes, debe ser la simplificación y claridad, de tal suerte que el mayor número de independientes cotice al sistema de seguridad social integral. Entre más compleja la forma de determinar el ingreso base de cotización, la posibilidad de evadir los aportes aumenta y correlativamente dificulta el control por parte del Estado.

Igualmente, el artículo continúa con la idea de radicar en cabeza de los contratantes la obligación de retener y pagar directamente los aportes de sus contratistas al sistema de seguridad social integral. Tal obligación supondría una carga muy onerosa para los contratantes, fuera de generarles múltiples discusiones con sus contratistas y con las entidades del Estado encargadas de velar por la correcta realización de tales aportes.

Un mecanismo mucho menos traumático para los contratantes y más efectivo para el pago directo de los aportes por los contratistas es permitir que tales contratantes puedan retener las sumas debidas a los contratistas hasta tanto estos últimos entreguen constancia de pago de aportes y con base en un ingreso base de cotización, como mínimo, correspondiente al 30% del valor mensual del contrato.

VI. Fondos Eléctricos (artículo 194)

La disposición en comento es altamente preocupante y el proyecto de ley se beneficiaría de su eliminación, en la medida en que genera impactos desmedidos sobre el sector productivo y el consumidor de energía en Colombia, al aumentar los sobrecostos al consumo de energía en casi un 300%.

En la actualidad existen varios Fondos Eléctricos en el país: Fondo de Apoyo Financiero para la Energización de las Zonas No Interconectadas (FAZNI) creado por la Ley 633 de 2000, el Fondo de Apoyo Financiero para la Energización de las Zonas Rurales Interconectadas (FAER) creado por la Ley 788 de 2002, el Programa de Normalización de Redes (PRONE), creado por la Ley 788 de 2002 y el Fondo de Energía Social (FOES), creado por la Ley 812 de 2003. La propuesta actual propone incrementar los sobrecostos al consumo de energía en un 242%, de la siguiente manera:

Fondo	Tarifa Actual	Tarifa Propuesta PND
FAZNI	1 \$/KWh	1,5 \$/KWh
FAER	1.33 \$/KWh	2 \$/KWh
PRONE	1\$/KWh	2\$/KWh
FOES	0\$/KWh	2,5\$/KWh
TOTAL	3,33\$/KWh	8\$/KWh

Este abrupto incremento es inconveniente en la coyuntura actual del país. En efecto, el consumo de energía es un aspecto que afecta toda la actividad productiva y su costo impacta el mantenimiento y la expansión del crecimiento económico, así como la capacidad productiva de un país. Por ello, la generación de sobrecostos en su actividad tendrá consecuencias negativas sobre la economía y puede resultar en una desaceleración del crecimiento.

Al respecto, un estudio realizado en agosto de 2013 por el Centro de Estudios en Economía Sistémica (ECSIM), sobre el impacto de la regulación en el sector de energía eléctrica y sus tarifas, comisionado a Bancoldex para el Programa de Transformación Productiva¹, se encontró que la magnitud de recursos destinada a tales Fondos era excesiva, situación que afecta la competitividad del país por los altos costos de energía, que lo sitúan por encima de competidores directos como Brasil y Perú. La magnitud es tal que llevó a los expertos del ECSIM a recomendar que dichos Fondos se financiaran con recursos del Presupuesto General de la Nación.

Habiendo evidenciado el importante impacto que el mencionado artículo genera para la competitividad del país y como su formulación es contraria a recomendaciones técnicas que ha recibido el Gobierno, es importante señalar que la disposición podría incurrir en problemas de cara al Principio de Unidad de Materia. En este sentido se ha pronunciado la Honorable Corte Constitucional, en Sentencia C-394 de 2012, donde estableció que,

¹ Centro de Estudios en Economía Sistémica, Análisis del Impacto de la Regulación y de las Estructuras Productiva e Industrial del Sector de Energía Eléctrica sobre el nivel final de las tarifas y precios del servicio de energía eléctrica en Colombia. (Contrato número 2012106).

dada la configuración especial que las disposiciones constitucionales le otorgan al Plan Nacional de Desarrollo, el Principio de Unidad de Materia contenido en su texto será más estricto, de acuerdo con los objetivos delineados en la parte general del Plan y el propósito que el constituyente le dio a este tipo de ley.

Concretamente, uno de los objetivos del Plan es el incremento de la competitividad del sector productivo en Colombia. Sin embargo, esta disposición aumenta significativamente el costo país de la inversión extranjera en cualquier aspecto de la economía, por lo que resultaría contrario a los objetivos manifiestos del Plan.

VII. Alumbrado Público (artículo 195)

El impuesto de Alumbrado Público, creado hace más de 100 años, es carente de legislación adecuada y obsoleto para el sistema regulatorio actual. Al respecto, un estudio reciente realizado por la Universidad del Rosario en 80 municipios del país, se encontró que para este impuesto rigen actualmente 11 hechos generadores distintos, 24 bases gravables, 15 sujetos pasivos y 21 tarifas para distintos tipos de contribuyentes, según el municipio consultado.

La variedad expuesta, unida a la ausencia legislativa ha derivado en un vacío jurídico que causa incertidumbre y desincentiva la inversión. Particularmente, la ausencia de reglas claras para la fijación de los elementos esenciales del tributo han dado facultades excesivas a los municipios y se ha prestado para la fijación de elementos irrazonables en el cobro. Cabe resaltar que la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, ha defendido la exequibilidad y vigencia de la norma en comento y, por tanto, el reconocimiento de esta excesiva libertad de los concejos municipales en la determinación de los elementos del impuesto.

En definitiva, este tributo se ha convertido en un impedimento a la inversión y a la seguridad jurídica de los contribuyentes. El valor de este impuesto, sumado al de los demás impuestos nacionales y territoriales, implica unas tarifas efectivas de tributación excesivas.

Si bien el proyecto de ley que expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018, en el artículo

195, trata sobre el alumbrado público, la ANDI estima que el texto de la norma no soluciona los problemas expuestos. Por ello, sería preciso considerar una redacción tendiente a unificar los elementos esenciales del tributo.

Por lo anterior, la ANDI considera que todavía existen importantes esfuerzos que podrían sumarse a los hasta ahora efectuados, con el propósito de lograr, con mayor aptitud, los propósitos de Paz, Equidad y Educación que se plantea el Plan.

Cordialmente,



Alberto Echavarría Saldarriaga
Vicepresidente de Asuntos Jurídicos y Sociales

CONTENIDO

Gaceta número 210 - Viernes, 17 de abril de 2015

SENADO DE LA REPÚBLICA

CONCEPTOS JURÍDICOS

Págs.

Concepto jurídico del Ministerio de Hacienda y Crédito Público al texto propuesto para segundo debate al Proyecto de ley número 178 de 2014 Senado, por la cual se establece la constitución obligatoria de un seguro para garantizar la calidad y estabilidad de la vivienda nueva.....	1
Concepto jurídico del Ministerio de Salud y Protección Social al Proyecto de ley número 90 de 2014 Senado, por medio de la cual se establecen medidas dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud para reglamentar la venta de medicamentos y el adecuado uso de los antibióticos, se prohíbe la venta de antibióticos sin fórmula médica y se dictan otras disposiciones.	4
Concepto jurídico de la Asociación Nacional de Empresarios de Colombia (ANDI) al texto aprobado en primer y tercer debate de las comisiones económicas conjuntas al Proyecto de ley número 138 de 2015 Senado, 200 de 2015 Cámara, por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018: Todos por un Nuevo País.....	9