



GACETA DEL CONGRESO

SENADO Y CÁMARA

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

ISSN 0123 - 9066

AÑO XXIII - Nº 661

Bogotá, D. C., martes, 28 de octubre de 2014

EDICIÓN DE 20 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 SEGUNDO DEBATE DEL PROYECTO DE LEY NÚMERO 48 DE 2014 SENADO

por la cual se modifican el Código Penal, el Código de la Infancia y la Adolescencia y la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios con el fin de proteger la vida e integridad física de las personas en relación con la protección del equipamiento de los servicios públicos domiciliarios y del espacio público.

Bogotá, D. C., 20 de octubre de 2014

Doctor

JUAN MANUEL GALÁN P.

Presidente

Comisión Primera

Senado

Ciudad

Asunto: Ponencia segundo debate Proyecto de ley número 48 de 2014 Senado

Distinguido Presidente:

Presento a consideración de los honorables Senadores de la Plenaria del Senado de la República, el informe de ponencia para segundo debate del Proyecto de ley número 48 de 2014, Senado, por la cual se modifican el Código Penal, el Código de la Infancia y la Adolescencia y la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios con el fin de proteger la vida e integridad física de las personas en relación con la protección del equipamiento de los servicios públicos domiciliarios y del espacio público¹, de origen parlamentario, radicado por los Senadores Óscar Mauricio Lizcano, Carlos Enrique Soto, Jimmy Chamorro, Miguel Amín Escaf,

¹ Este el título original de proyecto, el cual fue modificado por la Comisión Primera de Senado, eliminándose las referencias a las normas penales y al Código de Infancia y Adolescencia.

Ángel Custodio Cabrera y los Representantes Luz Adriana Moreno, Juan Felipe Lemos y Nicolás Guerrero.

1. TRÁMITE DEL PROYECTO Y APROBACIÓN EN PRIMER DEBATE

El proyecto inicial radicado por los ponentes constaba de 18 artículos, cinco capítulos, y contenían disposiciones que modificaban y adicionaban el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia y la Ley 142 de 1994 que regula la prestación de los servicios públicos domiciliarios.² Por su parte, y

² La estructura del proyecto inicial es como sigue: En el Capítulo I (“Disposiciones generales”) se define el objeto de la ley, cual es el de “proteger la vida e integridad física de las personas frente a los riesgos generados por el hurto y daño de la infraestructura y equipamiento en la prestación de los servicios públicos” (artículo 1°).

El Capítulo II, “Modificaciones a la Ley 599 de 2000, Código Penal”, contiene las reformas propuestas en el proyecto de ley en materia de agravantes (artículos 2°, 3° y 5°) para los delitos de homicidio doloso y culposo y hurto en situaciones específicas relacionadas con elementos destinados a la prestación de servicios públicos domiciliarios; y también con relación a estos elementos, se tipifican nuevas conductas (artículos 4°, 6° y 7°): compra o de beneficio de esos elementos hurtados y daños a los mismos.

El Capítulo III toma esos mismos comportamientos para modificar el Código de Adolescencia e Infancia cuando las conductas sean cometidas por menores de edad (artículos 8°, 9° y 10).

El Capítulo IV del proyecto de ley (artículos 11, 12 y 13) modifica algunas normas de la Ley 142 de 1994 respecto de las obligaciones que las Empresas de Servicios Públicos (ESPD) tienen frente al mantenimiento de la infraestructura de los servicios que prestan (artículo 11), de la función de control y vigilancia que sobre las mismas tiene el Estado a través de la Superintendencia de Servicios Públicos y las Oficinas de Planeación Municipal (artículo 12) y genera una obligación expresa para estas empresas de utilizar componentes en los elementos de infraestructura que dificulten su hurto (artículo 13).

de conformidad con las recomendaciones del ponente, la Comisión Primera aprobó un texto de siete artículos al cual se le eliminaron todas las modificaciones propuestas por los autores para modificar algunas normas de los Códigos Penal, Procedimiento Penal y del Código de Infancia y Adolescencia.

Sin embargo, y a instancia de unos de los autores del proyecto, se acordó estudiar la conveniencia o no de incluir algunas de las disposiciones penales excluidas, en la ponencia para segundo debate. Por eso, se considera oportuno referirse a la oportunidad y necesidad de estas disposiciones.

Digamos, inicialmente, que los autores del proyecto de ley justifican la inclusión de esas nuevas normas porque las existentes son insuficientes para dar una respuesta efectiva a las situaciones delictuales que se originan o pueden originarse por el hurto o daño del equipamiento que se utiliza en la prestación de los servicios públicos domiciliarios. En sus palabras:

“... consideramos necesario realizar distintas modificaciones en la legislación penal, con las cuales se tipifique de forma expresa, tal y como lo pide dicha normatividad, este tipo de delitos principalmente asociados al tipo penal del hurto, pero que no quedan exclusivamente allí, sino que se tipifique también, a título de dolo eventual, en los tipos penales de homicidio y lesiones personales. Buscando con ello, castigar con la debida justicia, a aquellos vándalos y potenciales homicidas que sin importarles la vida de las personas ni la protección de los bienes públicos, hurtan diariamente las tapas de las alcantarillas y realizan distintas afrentas contra el patrimonio del Estado y los bienes de servicios públicos, bienes que son nuestro patrimonio, y que por ello debemos proteger.

El mecanismo propuesto son los agravantes a los delitos de homicidio, lesiones personales, hurto y daño en los bienes de servicios públicos; junto con la obligación de indemnizar plenamente a las víctimas y a las empresas de servicios públicos, la imposición de multas por valores significativos a quienes se benefician de la compra de elementos hurtados y el establecimiento del deber social de denunciar por parte de todas las personas, aquellos hechos o situaciones de riesgos que sean consecuencia del hurto o daño de los bienes de la infraestructura y equipamiento de los servicios públicos tales como las alcantarillas, las redes y otras más.

De manera general observamos que estas disposiciones ya están de manera general en diversas leyes y códigos; sin embargo, resulta patente su

inoperancia frente a las múltiples situaciones de riesgo real que hoy enfrenta la ciudadanía en las áreas de circulación y de recreación del espacio público urbano. La presente ley, establece sobre todo canales de comunicación entre la ciudadanía las empresas responsables de la infraestructura y equipamiento de los servicios públicos, las autoridades municipales y los funcionarios que protegen a los niños, niñas y adolescentes.

Frente a lo anterior, se realizó un análisis teniendo en cuenta el denominado test de necesidad de la norma para afirmar que las disposiciones legales son insuficientes para regular la materia, requiriendo una norma adicional a nivel de ley con la cual se corrija o puntualice la disposición normativa actual, como parte de su adaptación a las nuevas situaciones.

Se requiere una respuesta específica al caso controvertido, al observar que existe un hecho que no es contemplado o efectivamente regulado de una manera determinada que pudiera proteger a la comunidad de los riesgos inminentes de la ausencia de alcantarillas o de manera general en los daños en la infraestructura y equipamiento.

A su vez, se analiza que es indispensable explicar esta norma que especifica buscando una interpretación clara tanto del Código Penal como de la Ley de Servicios Públicos, en las cuales se puede determinar cierta vaguedad para la protección de la vida, en la creación de instrumentos para la convivencia ciudadana y en la protección de los derechos colectivos.

1.1. Los artículos eliminados en primer debate

1.1.1. El agravante para el homicidio doloso

“Artículo 2º. Adiciónese al artículo 104 de la Ley 599 de 2000 un nuevo numeral del siguiente tenor:

12. Si se cometiera como consecuencia del hurto, la indebida manipulación o el daño causado a la infraestructura y equipamiento para la prestación de los servicios públicos”.

La causal de agravación que se propone no es nada distinta, a pesar de lo específica, a la causal 3ª. del artículo 104 que establece como circunstancia de agravación del homicidio, generarlo “por medio de cualquiera de las conductas previstas en el Capítulo II del Título XII y en el Capítulo I del Título XIII, del libro segundo de este código”.

En efecto, en esos capítulos se tipifican, entre otros, los siguientes delitos: Incendio (350); daño en obras de utilidad social (351) que se relaciona directamente con el equipamiento para la prestación de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado³; provocación de inundación o derrumbe (352) y

El Capítulo V, finalmente, contiene disposiciones que obligan a quienes cometan hurtos o daños sobre esos elementos a indemnizar a las ESPD que los repongan (artículo 14) y a las personas que sufran perjuicios por esas conductas (artículo 15). Se establece la obligación social de denunciar esas conductas, en el artículo 16, y se legitima a las ESPD para actuar como partes en los procesos penales y de responsabilidad civil que se adelanten por delitos relacionados con la infraestructura y equipamiento de los servicios públicos.

³ **Artículo 351. Daño en obras de utilidad social.** El que dañe total o parcialmente obra destinada a la captación, conducción, embalse, almacenamiento, tratamiento o distribución de aguas, incurrirá en prisión de dos (2) a diez (10) años y multa de cien (100) a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

daño en obras de los servicios de comunicaciones, energía y combustible (357)⁴, etc.

Existiendo entonces ya el agravante, de forma por lo demás expresa para el daño ocasionado a los equipamientos de servicios públicos domiciliarios, lo propuesto por los ponentes no es necesario. Se entiende, claro está, que el hurto de cualquiera de esos elementos afectados a la prestación de los servicios públicos de que tratan los artículos 351 y 357 del Código Penal ocasionan que estos se dañen total o parcialmente.

1.1.2. Agravante para el homicidio culposo

Artículo 3°. Adiciónese al artículo 110 de la Ley 599 de 2000 un nuevo numeral del siguiente tenor:

6. Si al momento de los hechos el agente hubiese hurtado, manipulado indebidamente o dañado la infraestructura y el equipamiento de los servicios públicos, la pena se aumentará de una cuarta parte a tres cuartas partes.

El homicidio admite la responsabilidad por culpa, que se genera por imprudencia, impericia, negligencia, o violación de normas reglamentarias por parte del agente. Si bien el sujeto no quiere la muerte, la produce por alguna de las anteriores circunstancias. Y es posible, fácticamente, que por el hurto, la manipulación o el daño de ese equipamiento de servicios públicos domiciliarios, se produzca como resultado no querido la muerte de una o varias personas. En esta situación habría un concurso de delitos dolosos (hurto o daño de esos bienes) con el homicidio culposo.

Siguiendo la lógica de ese agravante para el homicidio doloso, se considera que aciertan los autores del proyecto al proponer como agravante para el homicidio culposo la situación que puede derivarse del hurto o daño del equipamiento afecto a la prestación de los servicios públicos domiciliarios. Sin embargo, debe adicionarse al artículo 110 un numeral 6 en los mismos términos en que está redactado ese agravante para el homicidio doloso en el numeral 3 del artículo 110 del Código Penal.

1.1.3. Receptación de bienes destinados a los servicios públicos domiciliarios

Artículo 4°. Créese el artículo 240A de la Ley 599 de 2000, el cual señalará:

Artículo 240A. La persona natural o jurídica que con conocimiento del origen ilícito, compre o se beneficie de los elementos hurtados descritos en el último inciso del párrafo anterior; tales como son los elementos destinados a comunicaciones telefónicas, telegráficas, informáticas, telemáticas y satelitales, o a la generación, transmisión o distribución de energía eléctrica y gas domiciliario,

⁴ **Artículo 357. Daño en obras o elementos de los servicios de comunicaciones, energía y combustibles.** Suspendido Temporalmente por el Decreto Nacional 1900 de 2002. El que dañe obras u otros elementos destinados a comunicaciones telefónicas, telegráficas, informáticas, telemáticas y satelitales, radiales o similares, o a la producción y conducción de energía o combustible, o a su almacenamiento, incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años y multa de diez (10) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes. La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando la conducta se realice con fines terroristas.

o a la prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado, tendrá que pagar una multa de diez (10) hasta cien (100) smmlv, sin perjuicio de su responsabilidad penal en caso de ser coautor o copartícipe en dichos ilícitos.

Esta conducta ya está tipificada en el artículo 447 del Código Penal, modificado por el artículo 45 de la Ley 1142 de 2007.⁵ Por lo tanto, se considera innecesario incluir esta disposición propuesta por los autores.

1.1.4. Circunstancias de agravación punitiva del hurto

Artículo 5°. Adiciónese al artículo 241 de la Ley 599 de 2000 un nuevo numeral del siguiente tenor:

16. Si se cometiere sobre la infraestructura y equipamiento que garantiza la prestación de los servicios públicos, teniendo en cuenta la protección de los derechos colectivos y el riesgo social generado.

Este agravante específico para el hurto de estos equipamientos no existe como tal en el artículo 241 del Código Penal. Sin embargo, el agravante contenido en el numeral 7 es perfectamente aplicable a este tipo de situaciones. Según el mismo, el hurto se agrava si se cometiere “sobre objeto expuesto a la confianza pública por necesidad, costumbre o destinación”. Tuberías, cañerías, drenajes, canales, sumideros; postes, tendidos eléctricos y telefónicos, transformadores, etc., que están sobre la superficie, por encima, o levemente enterrados, y que son parte del equipamiento de la prestación de los servicios públicos domiciliarios, bien caben en esta categoría, y el operador judicial debe agravar el delito de hurto si ellos son el objeto de apoderamiento.

En este sentido, y dado que el agravante genérico para este tipo de situaciones se subsume en el numeral 7 del artículo 241 del Código Penal vigente, se considera innecesario el (agravante) propuesto por los autores del proyecto.

⁵ *Artículo 447. Receptación.* El que sin haber tomado parte en la ejecución de la conducta punible adquiera, posea, convierta o transfiera bienes muebles o inmuebles, que tengan su origen mediato o inmediato en un delito, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años y multa de seis punto sesenta y seis (6.66) a setecientos cincuenta (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor.

Si la conducta se realiza sobre medio motorizado, o sus partes esenciales, o sobre mercancía o combustible que se lleve en ellos; o sobre elementos destinados a comunicaciones telefónicas, telegráficas, informáticas, telemáticas y satelitales, o a la generación, transmisión, o distribución de energía eléctrica y gas domiciliario, o a la prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado, la pena será de seis (6) a trece (13) años de prisión y multa de siete (7) a setecientos (700) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si la conducta se realiza sobre un bien cuyo valor sea superior a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes la pena se aumentará de una tercera parte a la mitad.

1.1.5. Adiciones de conductas punitivas para el daño en obras de utilidad social y en elementos de servicios de comunicaciones y de energía

Estas modificaciones propuestas corresponden a los artículos 6° y 7° del proyecto presentado por los autores, según el siguiente contenido:

Artículo 6°. Adiciónese al artículo 351 de la Ley 599 de 2000 el siguiente párrafo:

En igual sentido, se aplicará a quien destruya, inutilice, haga desaparecer o de cualquier otro modo dañe el equipamiento necesario para la prestación de los servicios públicos domiciliarios.

Artículo 7°. Modifíquese el artículo 357 de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

Artículo 357. Daño en obras o elementos de los servicios de comunicaciones, energía, acueducto, alcantarillado, aseo y combustibles. *El que dañe obras u otros elementos destinados a comunicaciones telefónicas, telegráficas, informáticas, telemáticas y satelitales, radiales o similares, a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, o a la producción y conducción de energía o combustible, o a su almacenamiento, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a noventa (90) meses y multa de trece punto treinta y tres (13.33) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando la conducta se realice con fines terroristas.

Estas disposiciones se consideran innecesarias porque ya existen en nuestro ordenamiento penal. Así, el daño en obras para los servicios de acueducto y alcantarillado está previsto en el artículo 351⁶ del Código Penal y los daños en los servicios públicos de energía y telecomunicaciones en el artículo 357⁷ del mismo código.

Por supuesto que al operador judicial le corresponderá en cada caso interpretar las situaciones fácticas que estructuran estos tipos penales, por ejemplo, precisar lo que constituyen “obras” o “elementos” destinados a la prestación de servicios públicos domiciliarios. Esta interpretación es

⁶ **Artículo 351. Daño en obras de utilidad social.** <Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1° de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:> El que dañe total o parcialmente obra destinada a la captación, conducción, embalse, almacenamiento, tratamiento o distribución de aguas, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a ciento ochenta (180) meses y multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a setecientos cincuenta (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

⁷ **Artículo 357. Daño en obras o elementos de los servicios de comunicaciones, energía y combustibles.** <Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1° de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:> El que dañe obras u otros elementos destinados a comunicaciones telefónicas, telegráficas, informáticas, telemáticas y satelitales, radiales o similares, o a la producción y conducción de energía o combustible, o a su almacenamiento, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a noventa (90) meses y multa de trece punto treinta y tres (13.33) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes. La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando la conducta se realice con fines terroristas.

completamente necesaria ante la imposibilidad del legislador de reglamentar al detalle cada situación o modalidad que se puede presentar en la configuración de estos punibles.

1.1.6. Propuestas para modificar el código de la infancia y la adolescencia

Modificaciones a la Ley 1098 de 2006 “Código de la Infancia y la Adolescencia”.

Artículo 8°. Créese el artículo 140A de la Ley 1098 de 2006, el cual señalará:

En concordancia con la justicia restaurativa como finalidad del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, a los adolescentes que se les encuentre responsables de hurto y daño en la infraestructura y equipamiento en la prestación de los servicios públicos domiciliarios, les serán aplicables las sanciones previstas en el artículo 177.

Artículo 9°. Adiciónese un nuevo párrafo al artículo 156 de la Ley 1098 de 2006 del siguiente tenor:

Parágrafo 2°. *En los casos en que el deterioro en la infraestructura y equipamiento de los servicios públicos, que pongan en riesgo la vida o la integridad de las personas, sea atribuible a niños, niñas o adolescentes pertenecientes a comunidades de minorías étnicas, la medida de resocialización se adecuará a lo establecido en este artículo.*

Artículo 10. Adiciónese un nuevo subtipo penal en el segundo inciso del artículo 187 de la Ley 1098 de 2006, el cual quedará así:

La privación de libertad en Centro de Atención Especializada se aplicará a los adolescentes mayores de catorce (14) y menores de dieciocho (18) años, que sean hallados responsables de homicidio doloso, homicidio culposo, secuestro, extorsión en todas sus formas y delitos agravados contra la libertad, integridad y formación sexual.

Proponen los autores del proyecto hacer una serie de modificaciones al Código de la Infancia y Adolescencia a partir de la situación de que los delitos ya mencionados sean cometidos por personas mayores de 14 años y menores de 18.

Si nos atenemos a la finalidad⁸, al objeto⁹ y en sí al desarrollo normativo del Código de la Infancia y la Adolescencia, necesariamente debemos concluir que las modificaciones propuestas por los autores no solamente son un cuerpo extraño a este código, pues este no tiene en ningún momento como finalidad definir delitos (ni responsabilidades, ni sanciones) específicos cometidos por

⁸ **Artículo 1°. Finalidad.** Este código tiene por finalidad garantizar a los niños, a las niñas y a los adolescentes su pleno y armonioso desarrollo para que crezcan en el seno de la familia y de la comunidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Prevalecerá el reconocimiento a la igualdad y la dignidad humana, sin discriminación alguna.

⁹ **Artículo 2°. Objeto.** El presente código tiene por objeto establecer normas sustantivas y procesales para la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes, garantizar el ejercicio de sus derechos y libertades consagrados en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, en la Constitución Política y en las leyes, así como su restablecimiento. Dicha garantía y protección será obligación de la familia, la sociedad y el Estado.

menores, sino además, que las modificaciones son insostenibles desde la óptica del por qué se incluyen estos delitos y no todos, incluyendo aquellos considerados de suma gravedad como el homicidio, el secuestro, etc.

El Código de la Infancia y Adolescencia, frente a delitos cometidos por menores, desarrolla un sistema de responsabilidad penal para adolescentes, definido “*como el conjunto de principios, normas, procedimientos, autoridades judiciales especializadas y entes administrativos que rigen o intervienen en la investigación y juzgamiento de delitos cometidos por personas que tengan entre catorce (14) y dieciocho (18) años al momento de cometer el hecho punible*” (artículo 139). Así, establece las sanciones (artículo 177), sus finalidades (178) y los criterios para graduarlas (artículo 179). Siendo esto así, deben considerarse innecesarias las propuestas de los autores para modificar este Código.

1.1.7. Otras modificaciones propuestas

Finalmente, proponen los autores tres artículos relacionados con los derechos de las víctimas de los delitos que afecten los elementos relacionados con la prestación de los servicios públicos domiciliarios, según se transcriben a continuación.

Artículo 14. Indemnización a las empresas de servicios públicos. *Quien incurra en el hurto o daño de los bienes de infraestructura y equipamiento de los servicios públicos o se beneficie con dichos actos, deberá indemnizar a costa de su patrimonio, todos los gastos y perjuicios en los que las empresas de servicios públicos deban incurrir para la reposición o arreglo de los bienes hurtados o dañados, lo anterior sin perjuicio de las sanciones penales.*

Artículo 15. Indemnización plena a las víctimas. *Quien incurra en el hurto o daño de los bienes de infraestructura y equipamiento de los servicios públicos o se beneficie con dichos actos, deberá indemnizar en forma plena, a costa de su patrimonio, todos los perjuicios ocasionados a las personas perjudicadas con dicho riesgo, lo anterior sin perjuicio de las sanciones penales.*

Artículo 17. Legitimación procesal de las empresas de servicios públicos. *Las empresas de servicios públicos podrán actuar como parte en los procesos penales y de responsabilidad civil adelantados en virtud de la ocurrencia del homicidio y lesiones personales, hurto y daño en la infraestructura y equipamiento de los bienes de servicios públicos.*

Estas normas ya existen en el ordenamiento jurídico colombiano. Las que desarrollan el concepto de víctima, sus derechos económicos y jurídicos en el proceso penal, en los artículos 11, 132 a 137, y en lo relacionado con la responsabilidad civil extracontractual, “por los delitos y las culpas”, en los artículos 2341 a 2360 del Código Civil.

2. CONSIDERACIONES DEL PONENTE Y PLIEGO DE MODIFICACIONES

Acompaña el ponente la preocupación de los autores del proyecto de ley que anima su presentación ante el Congreso de la República, buscando la loable finalidad de prevenir las lamentables pérdidas de vidas humanas, sobre todo de niños y niñas aún bebés, que se generan en ocasión de las

conductas de algunos irresponsables que hurtan o dañan la infraestructura física de los servicios públicos domiciliarios, muy particularmente la de los servicios de acueducto y alcantarillado.

La muerte de esos bebés es el colmo de lo absurdo, y el reproche a quienes directa o indirectamente la ocasionan debe ser inmediato y generalizado, y por supuesto deben dar lugar a todas las investigaciones y sanciones previstas en nuestro ordenamiento jurídico, ya sean penales, civiles o administrativas.

Empero, no comparto con los autores del proyecto de ley la insistencia en la necesidad de crear, para situaciones específicas, nuevos delitos y nuevos agravantes para reprimirlas y/o prevenirlas. Los mismos autores nos advierten que: “*De manera general observamos que estas disposiciones ya están de manera general en diversas leyes y códigos; sin embargo, resulta patente su inoperancia frente a las múltiples situaciones de riesgo real que hoy enfrenta la ciudadanía en las áreas de circulación y de recreación del espacio público urbano*”.

El problema no es, entonces, de la inexistencia de tipos penales que castiguen o agraven el castigo para quienes incurran en conductas (hurto o el daño) que afecten esa infraestructura o en delitos que se propicien “indirectamente por los mismos” (homicidio). El problema es otro: o de operatividad de la justicia, o de la ineficacia de las penas, o de la falta de plantearse correctamente las investigaciones penales.

Por eso, y por supuesto que reconociendo y aplaudiendo la preocupación que anima a los autores, considero que, salvo la salvedad hecha en esta ponencia, no son necesarios en el proyecto de ley los artículos que contienen disposiciones de carácter penal, sustantivas y de procedimiento, según se ha argumentado en las páginas anteriores.

Situación contraria acontece con las medidas de carácter administrativo y de control estatal sobre la prestación de los servicios públicos propuestas por los autores para minimizar la ocurrencia de esas situaciones luctuosas. Estas deben conservarse pues muy seguramente, si se hacen cumplir por las autoridades correspondientes, serán más eficaces para lograr el propósito de los autores del proyecto de ley de minimizar el riesgo de ocurrencia de esas muertes. En este sentido, los artículos 2° (Revisión periódica de equipamientos de servicios públicos como obligación de las empresas de servicios públicos domiciliarios); 3° (Obligación de la Superintendencia de Servicios Públicos y de las Oficinas de Planeación Distritales y Municipales de exigir informes periódicos del estado de esos equipamientos), y 4° (obligación de la ESPD de diseñar y construir los elementos y equipamientos de manera que dificulten su hurto o daño), son disposiciones que contribuirán con ese cometido.

Y no sólo esas disposiciones administrativas deben ser parte de nuestro ordenamiento jurídico, sino que deben reforzarse con otras que apunten a generarles a los responsables del mantenimiento y conservación de la infraestructura de los servicios públicos domiciliarios, es decir a las ESPD, un cos-

to de oportunidad por la desidia en el cumplimiento oportuno de esa obligación propia de su actividad, omisión que posibilita finalmente que esos riesgos para la vida se multipliquen. En este sentido (artículo 5°), se considera pertinente prohibir que los gastos en que ellas incurran por reponer la infraestructura que ha sido hurtada o dañada por terceros sean imputables a sus costos de operación, o que se carguen a las tarifas pagadas por los usuarios o que puedan deducirse contablemente. Esta prohibición debe extenderse a los pagos que por “derivadas” de estas situaciones hagan las ESPD por concepto de indemnizaciones a las víctimas o por multas impuestas por el incumplimiento de las obligaciones de mantenimiento de la infraestructura.

En compensación (artículo 6°), las ESPD deberían gozar de beneficios tributarios por las campañas que emprendan para que los ciudadanos denuncien el hurto o el daño de esos elementos de la infraestructura e incluso, por los alicientes económicos que paguen a los mismos por esas denuncias. Esto, por supuesto, previa reglamentación por parte del gobierno nacional.

De acuerdo con lo dicho, se incluye un artículo nuevo, que agrave el homicidio culposo cuando este fuere el resultado “de cualquiera de las conductas previstas en el Capítulo II del Título XII y en el Capítulo I del Título XIII, del libro segundo de este código”.

Al incluirse esta modificación, igualmente debe adicionarse el título del proyecto según se presenta en el texto propuesto para segundo debate.

PROPOSICIÓN

Solicito a los honorables Senadores dar segundo debate al **Proyecto de ley número 48 de 2014 Senado**, por la cual se modifica y adiciona la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios con el fin de proteger la vida e integridad física de las personas en relación con la protección del equipamiento de los servicios públicos domiciliarios y del espacio público y se dictan otras disposiciones, de conformidad con el pliego de modificaciones que se adjunta.


ROOSVELT RODRÍGUEZ RENGIFO
Senador Perente

TEXTO PROPUESTO CON MODIFICACIONES PARA SEGUNDO DEBATE PROYECTO DE LEY NÚMERO 48 DE 2014 SENADO

por la cual se modifica y adiciona la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios y el artículo 110 del Código Penal con el fin de proteger la vida e integridad física de las personas en relación con la protección del equipamiento de los servicios públicos domiciliarios y del espacio público y se dictan otras disposiciones.

El Congreso de la República

DECRETA:

Artículo 1°. *Objeto.* La presente ley tiene por finalidad proteger la vida e integridad física de las personas frente a los riesgos generados por el hur-

to y daño de la infraestructura y equipamiento en la prestación de los servicios públicos.

Así mismo la presente ley desarrolla instrumentos para la convivencia ciudadana, la protección de los derechos colectivos, el disfrute del espacio público y la defensa del patrimonio público.

Artículo 2°. *Revisión periódica de equipamientos.* Adiciónese al artículo 11 de la Ley 142 de 1994 un nuevo numeral del siguiente tenor:

“11.11 Deberán realizar periódicamente la revisión del equipamiento e infraestructura para la prestación de sus servicios públicos domiciliarios, identificando las situaciones que impliquen riesgo para la vida o la integridad de las personas”.

Artículo 3°. *Funciones de la Superintendencia de Servicios Públicos y de las Oficinas de Planeación Distritales y Municipales.* Adiciónese un párrafo al artículo 11 de la Ley 142 de 1994 del siguiente tenor:

Parágrafo 2°. En cumplimiento del numeral 11.11 la Superintendencia de Servicios Públicos y las Oficinas de Planeación Distritales y Municipales exigirán cada 3 (tres) meses el informe respectivo a las entidades responsables del equipamiento e infraestructura de los servicios públicos.

Artículo 4°. *Prevención de hurtos y daños.* Para prevenir el hurto de los elementos de infraestructura y equipamiento de los servicios públicos se utilizarán componentes, materiales y diseños que no sean fácilmente susceptibles de aprovechamiento económico, con el fin de evitar el hurto y daño de los mismos.

Artículo 5°. *Prohibición de descuentos tributarios.* Las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios no podrán imputar a sus costos operativos ni a sus gastos administrativos, ni cargar a las tarifas de los servicios pagadas por los usuarios, ni a ningún otro tipo de deducción o descuento tributario, los gastos en que incurran por reponer elementos de infraestructura de los servicios públicos que han sido hurtadas o dañados, o los pagos indemnizatorios hechos a terceros perjudicados por y en ocasión de la falta de conservación de esos elementos, ni las multas que le sean impuestas por el incumplimiento de las obligaciones de mantenimiento de esta infraestructura.

Artículo 6°. *Deber social de denunciar.* Todas las personas están en la obligación de denunciar los actos y situaciones constitutivos de riesgo para la vida e integridad física de las personas que se puedan ocasionar por hurto o daño a la infraestructura o equipamiento de los servicios públicos. Dicha denuncia se hará en un lapso razonable ante las empresas responsables de la infraestructura y el equipamiento, o ante las autoridades municipales o ante la Superintendencia de Servicios Públicos, y podrán además solicitar la reparación o reposición necesaria de estos elementos.

Las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios deberán emprender campañas ciudadanas para incentivar esas denuncias pudiendo ofrecer recompensas económicas por esas denuncias. El Gobierno Nacional reglamentará los beneficios tributarios de los cuales gozarán las Empresas de Servicios Públicos que emprendan dichas campañas y el

monto máximo que podrán pagar a los ciudadanos por las denuncias previstas en este artículo.

Artículo 7°. Adiciónese al artículo 110 de la Ley 599 de 2000 un nuevo numeral del siguiente tenor:

“**6. Si fuere el resultado de cualquiera de las conductas previstas en el Capítulo II del Título XII y en el Capítulo I del Título XIII, del libro segundo de este código.**”

Artículo 8°. La presente ley rige a partir de su promulgación.



ROOSEVELT RODRIGUEZ RENGIFO
Senador Ponente

De conformidad con el inciso segundo del artículo 165 de la Ley 5ª de 1992, se autoriza la publicación del presente informe.

Presidente,
LEGISLATIVO

JUAN MANUEL GALAN PACHON

Secretario,
DELEGADO

GUILLERMO LEÓN GIRALDO GIL

TEXTO APROBADO POR LA COMISIÓN PRIMERA DEL HONORABLE SENADO DE LA REPÚBLICA AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 48 DE 2014 SENADO

por la cual se modifica y adiciona la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios con el fin de proteger la vida e integridad física de las personas en relación con la protección del equipamiento de los servicios públicos domiciliarios y del espacio público y se dictan otras disposiciones.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1°. *Objeto.* La presente ley tiene por finalidad proteger la vida e integridad física de las personas frente a los riesgos generados por el hurto y daño de la infraestructura y equipamiento en la prestación de los servicios públicos.

Así mismo la presente ley desarrolla instrumentos para la convivencia ciudadana, la protección de los derechos colectivos, el disfrute del espacio público y la defensa del patrimonio público.

Artículo 2°. *Revisión periódica de equipamientos.* Adiciónese al artículo 11 de la Ley 142 de 1994 un nuevo numeral del siguiente tenor:

“11.11. *Deberán realizar periódicamente la revisión del equipamiento e infraestructura para la prestación de sus servicios públicos domiciliarios, identificando las situaciones que impliquen riesgo para la vida o la integridad de las personas*”.

Artículo 3°. *Funciones de la Superintendencia de Servicios Públicos y de las oficinas de planeación distritales y municipales.* Adiciónese un párrafo al artículo 11 de la Ley 142 de 1994 del siguiente tenor:

Parágrafo 2°. *En cumplimiento del numeral 11.11 la Superintendencia de Servicios Públicos y las Oficinas de Planeación Distritales y Municipales exigirán cada 3 (tres) meses el informe respectivo a las entidades responsables del equipamiento e infraestructura de los servicios públicos.*

Artículo 4°. *Prevención de hurtos y daños.* Para prevenir el hurto de los elementos de infraestructura y equipamiento de los servicios públicos se utilizarán componentes, materiales y diseños que no sean fácilmente susceptibles de aprovechamiento económico, con el fin de evitar el hurto y daño de los mismos.

Artículo 5°. *Prohibición de descuentos tributarios.* Las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios no podrán imputar a sus costos operativos ni a sus gastos administrativos, ni cargar a las tarifas de los servicios pagadas por los usuarios, ni a ningún otro tipo de deducción o descuento tributario, los gastos en que incurran por reponer elementos de infraestructura de los servicios públicos que han sido hurtados o dañados, o los pagos indemnizatorios hechos a terceros perjudicados por y en ocasión de la falta de conservación de esos elementos, ni las multas que le sean impuestas por el incumplimiento de las obligaciones de mantenimiento de esta infraestructura.

Artículo 6°. *Deber social de denunciar.* Todas las personas están en la obligación de denunciar los actos y situaciones constitutivos de riesgo para la vida e integridad física de las personas que se puedan ocasionar por hurto o daño a la infraestructura o equipamiento de los servicios públicos. Dicha denuncia se hará en un lapso razonable ante las empresas responsables de la infraestructura y el equipamiento, o ante las autoridades municipales o ante la Superintendencia de Servicios Públicos, y podrán además solicitar la reparación o reposición necesaria de estos elementos.

Las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios deberán emprender campañas ciudadanas para incentivar esas denuncias pudiendo ofrecer recompensas económicas por esas denuncias. El Gobierno Nacional reglamentará los beneficios tributarios de los cuales gozarán las Empresas de Servicios Públicos que emprendan dichas campañas y el monto máximo que podrán pagar a los ciudadanos por las denuncias previstas en este artículo.

Artículo 7°. La presente ley rige a partir de su promulgación.

En los anteriores términos fue aprobado el **Proyecto de ley número 48 de 2014 Senado**, por la cual se modifica y adiciona la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios con el fin de proteger la vida e integridad física de las personas en relación con la protección del equipamiento de los servicios

públicos domiciliarios y del espacio público y se dictan otras disposiciones, como consta en la sesión del día 7 de octubre de 2014, Acta número 16.

PONENTE:


ROOSVELT RODRÍGUEZ RENGIFO
H. Senador de la República

Presidente,


H.S. JUAN MANUEL GALÁN PACHÓN

Secretario General,


GUILLERMO LEÓN GIRALDO GIL

CONCEPTOS JURÍDICOS

CONCEPTO JURÍDICO DEL MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO A LA PONENCIA PARA PRIMER DEBATE AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 32 DE 2014 SENADO

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

ACUMULADO CON EL PROYECTO DE LEY NÚMERO 41 DE 2014 SENADO

por medio de la cual se elimina la múltiple contribución en seguridad social en los contratos de prestación de servicios profesionales y se dictan otras disposiciones.

1.1

Bogotá, D. C.

Honorable Senador

EDUARDO ENRIQUE PULGAR DAZA

Presidente de la Comisión Séptima de Senado

Congreso de la República de Colombia

Carrera 7 N° 8-68 Edificio Nuevo del Congreso

Ciudad

Referencia: Comentarios al informe de ponencia para primer debate al **Proyecto de ley número 32 de 2014 Senado**, por la cual se establece la cotización en seguridad social de las personas que desarrollan contratos de prestación de servicios, acumulado con el **Proyecto de ley número 41 de 2014 Senado**, por medio de la cual se elimina la múltiple contribución en seguridad social en los contratos de prestación de servicios profesionales y se dictan otras disposiciones.

Respetado Presidente:

De manera atenta me permito exponer los comentarios que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público estima pertinente someter a su consideración respecto al texto de ponencia para primer debate al **Proyecto de ley número 32 de 2014 Senado**, acumulado con el **Proyecto de ley número 41 de 2014 Senado**, en los siguientes términos:

El presente proyecto de ley, de iniciativa parlamentaria, tiene como objeto establecer algunas reglas relacionadas con la cotización y afiliación a la Seguridad General de Seguridad Social en Salud y

Pensión de los trabajadores que celebren contratos de prestación de servicios, en atención, principalmente, al ingreso base de liquidación y tiempo de duración de los contratos.

En primer lugar, es pertinente tener en cuenta que los trabajadores independientes con contratos de prestación de servicios, así como los demás afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud están en la obligación de contribuir con el financiamiento no sólo de sus beneficios en salud, sino con la sostenibilidad del sistema mismo, bajo el principio de solidaridad que rige al Sistema a la luz de lo dispuesto por el artículo 48 de la Constitución Política.

Adicionalmente, 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, en la que se demandó el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, en los siguientes términos:

*“...Por otra parte, en cuanto a la **naturaleza jurídica de las cotizaciones en salud**, la Corte ha sido constante en afirmar que:*

i) Se trata de rentas parafiscales que constituyen un instrumento para la generación de ingresos públicos, representadas en forma de gravamen que se establece con carácter impositivo por la ley para afectar a un determinado y único grupo social o económico, y que debe utilizarse en beneficio del propio grupo gravado¹;

ii) Es un gravamen que se cobra a un grupo de personas afiliadas al Sistema de Seguridad Social en Salud, cuya destinación específica es financiar ese mismo Sistema², con fundamento en los principios de solidaridad, eficiencia y universalidad³;

¹ Sentencia C-655 de 2003.

² Ver las Sentencias C-490 de 1993, C-308 de 1994, C-253 de 1995, C-273 de 1996 y C-152 de 1997, entre otras.

³ Entre otras, ver las Sentencias C-577 de 1995, C-828 de 2001 y C-791 de 2002.

iii) *Se caracteriza, a su vez, “por su obligatoriedad, en cuanto se exigen como los demás tributos en ejercicio del poder coercitivo del Estado; su determinación o singularidad, ya que sólo grava a un grupo, sector o gremio económico o social; su destinación específica, toda vez que redunde en beneficio exclusivo del grupo, sector o gremio que los tributa; su condición de contribución, teniendo en cuenta que no comportan una contraprestación equivalente al monto de la tarifa fijada, su naturaleza pública, en la medida en que pertenecen al Estado aun cuando no comportan ingresos de la Nación y por ello no ingresan al presupuesto nacional; su regulación excepcional, en cuanto así lo consagra el numeral 12 del artículo 150 de la Carta; y su sometimiento al control fiscal, ya que por tratarse de recursos públicos, la Contraloría General de la República, directamente o a través de las contralorías territoriales, debe verificar que los mismos se inviertan de acuerdo con lo dispuesto en las normas que los crean su obligatoriedad, en cuanto se exigen como los demás tributos en ejercicio del poder coercitivo del Estado”⁴ (negritas agregadas)...”.*

De esta forma, la Corte Constitucional reconoce que el financiamiento de los servicios de salud no puede estar sólo a cargo del Estado, resultando necesaria la participación de los particulares en la medida de su capacidad económica.

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.

Igual consideración se predica del Sistema General de Pensiones, en tanto es el principio de solidaridad el que impone el deber de todos los participantes de financiar la seguridad social. Así lo recuerda la Corte Constitucional en Sentencia C-111 de 2006, a saber:

“...En primer lugar, el deber de los sectores con mayores recursos económicos de contribuir al financiamiento de la seguridad social de las personas de escasos ingresos, por ejemplo, mediante aportes adicionales destinados a subsidiar las subcuentas de solidaridad y subsistencia del sistema integral de seguridad social en pensiones, cuando los altos ingresos del cotizante así lo permiten...”.

⁴ Sentencia C-349 de 2004.

De otra parte, el marco jurídico existente prevé las acciones planteadas por el proyecto de ley, de manera que se entienden regulados todos los aspectos de esta iniciativa y, por tanto, su expedición podría eventualmente generar duplicidad de regulación en el ordenamiento jurídico.

Así, por ejemplo, se encuentra que el artículo 18 de la Ley 1122 de 2007, estableció los mismos criterios generales del proyecto de ley frente al Ingreso Base de Cotización, así:

“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.*

Para los demás contratos y tipos de ingresos el Gobierno Nacional reglamentará un sistema de presunción de ingresos con base en la información sobre las actividades económicas, la región de operación, la estabilidad y estacionalidad del ingreso.

Parágrafo. *Cuando el contratista pueda probar que ya está cotizando sobre el tope máximo de cotización, no le será aplicable lo dispuesto en el presente artículo”.*

En lo que concierne a los demás aspectos del proyecto de ley, en particular lo que se refiere a la afiliación de estos trabajadores a los regímenes contributivo y subsidiado, es clara la normativa constitucional y legal vigente en el sentido de que su afiliación a uno u otro debe en todo caso fundarse en su capacidad de pago. Así, no puede fundamentarse en criterios distintos como el tiempo de vigencia del contrato. La capacidad de pago determina el régimen al cual deberá afiliarse la persona: al Régimen Contributivo y, en su defecto, al Régimen Subsidiado, siempre que cumpla con las condiciones para ser beneficiarios de subsidios de salud. Así lo hizo saber la propia Corte Constitucional en Sentencia C-130 de 2002, en la que se demandaba la existencia de estos dos regímenes, para lo cual expresó lo siguiente:

“...Se tiene claro, que en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, sólo existen dos (2) regímenes:

a) Contributivo, y

b) Subsidiado, basados en un criterio predominante, mas no único, como lo es la capacidad de pago. En efecto, en el régimen contributivo la persona afiliada cuenta con capacidad de pago y, por ello, se le exige el pago de una cotización o aporte; en el régimen subsidiado la persona afiliada carece de esa capacidad de pago, por pertenecer a la franja de población que por su condición económica y social corresponde a la más pobre y vulnerable del país y, por consiguiente, no está obligada a realizar dichos aportes.

Distinción que también incide en las distintas fuentes de financiación en uno y otro régimen, pues mientras que el contributivo se alimenta de

las cotizaciones obligatorias de los afiliados y los aportes del presupuesto nacional; el subsidiado se sostiene con recursos estatales y la solidaridad de las personas que pertenecen al régimen contributivo quienes deben aportar un porcentaje de sus ingresos con ese propósito, y de los recursos que recibe del Fondo de Solidaridad y Garantía. En un Estado “con limitaciones económicas como el nuestro, donde la carga de su financiación no puede ser exclusivamente estatal, determina que la sociedad y los particulares participen, en la medida de su capacidad económica individual y con esfuerzo en la misma, para poder ofrecer a todos el servicio en condiciones que realicen su dignidad humana y permitan destinar una especial atención y protección de las personas menos favorecidas. La vigencia de un esquema de participación de la sociedad en los cometidos estatales de orden social, así diseñado, facilita la realización materia de un orden justo, basado en el respeto de la dignidad humana, mediante la efectividad del compromiso solidario por parte de todos.”⁵...

La incidencia de la capacidad de pago en la distinción de ambos regímenes no es aislada, y es soporte fundamental de las políticas públicas que buscan la realización de la seguridad social, razón por la cual las propuestas que se hagan a su alrededor deberán respetar dicho criterio, pues de lo contrario corren el riesgo de devenir en inconstitucionales, en perjuicio de la igualdad de trato y la progresividad que predica el sistema, esto sin contar los demás principios que pueda involucrar.

Por las razones antes expuestas, este Ministerio emite concepto desfavorable al proyecto de ley en estudio y, en consecuencia, de manera respetuosa, solicita considerar la posibilidad de su archivo, no sin antes manifestarle muy atentamente nuestra voluntad de colaborar con la actividad legislativa y atender las inquietudes pertinentes.

Cordial saludo,


MAURICIO CÁRDENAS SANTAMARÍA
 Ministro de Hacienda y Crédito Público

C.Co. Honorable Senador Jimmy Chamorro Cruz- Autor.

Honorable Senador Maritza Martínez- Autora.

Honorable Senador Manuel Enríquez - Autor.

Honorable Senador Mauricio Lizcano - Autor.

Honorable Senador Milton Rodríguez- Autor.

Honorable Senador Carlos Enrique Soto Jaramillo - Autor/Ponente.

Honorable Senador Antonio José Correa - Ponente

Honorable Senador Mauricio Aguilar Hurtado- Ponente.

Honorable Representante María Eugenia Triana Vargas - Ponente.

Doctor Jesús María España. Secretario General de la Comisión Séptima de Senado.

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

Bogotá, D. C., a los veintiuno (21) días del mes de octubre, año dos mil catorce (2014)

En la presente fecha se autoriza la **publicación en la Gaceta del Congreso** de la República, el comentario suscrito por el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, Mauricio Cárdenas Santamaría, en cuatro (4) folios, **al Proyecto de ley número 32 de 2014 Senado**, por la cual se establece la cotización en seguridad social de las personas que desarrollan contratos de prestación de servicios, **acumulado con el Proyecto de ley número 41 de 2014 Senado**, por medio de la cual se elimina la múltiple contribución en seguridad social en los contratos de prestación de servicios profesionales y se dictan otras disposiciones.

Autores: Jimmy Chamorro Cruz, Maritza Martínez, Carlos Soto, Manuel Enríquez, Mauricio Lizcano, Milton Rodríguez.

El presente observaciones se publica en la **Gaceta del Congreso**, 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 DEL MINISTERIO
 DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL
 AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 65
 DE 2014 SENADO**

por medio de la cual se promueve, se fomenta, se regula, se orienta y se controla el aprovechamiento terapéutico y turístico de los balnearios termales y el uso de las aguas termales.

Bogotá, D. C.,

Doctor

JESÚS MARÍA ESPAÑA VERGARA

Comisión Séptima Constitucional

Senado de la República

Carrera 7ª N° 8-68

Ciudad

Asunto: Concepto sobre el **Proyecto de ley número 65 de 2014 Senado**, por medio de la cual se promueve, se fomenta, se regula, se orienta y se controla el aprovechamiento terapéutico y turístico de los balnearios termales y el uso de las aguas termales.

⁵ Sentencia C-542/98 M.P. Hernando Herrera Vergara.

Señor Secretario:

Teniendo presente que la iniciativa de la referencia está pendiente de surtir primer debate en esa Corporación, se hace necesario emitir el concepto institucional desde la perspectiva del Sector Salud y Protección Social. Para tal cometido, se toma como fundamento el texto publicado en la *Gaceta del Congreso* número 422 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. CONTENIDO DEL PROYECTO

Se trata de una iniciativa organizada en cuatro Capítulos (II, III, IV, V) y 19 Artículos en los que, luego de unas disposiciones preliminares (objeto, definiciones y principios), se detiene en unas disposiciones generales, esto es, el aprovechamiento de las aguas termales y los balnearios para uso médico. Por último, se especifican unas disposiciones finales.

Tras esto, es dable indicar que sobre una propuesta similar esta Cartera ya se ha pronunciado (*Cfr. Proyecto de ley número 219 de 2013 Senado*)¹. De ahí que, se retomen algunos de los elementos trabajados en su momento debido a su pertinencia y por mantenerse aún vigentes.

2. CONSIDERACIONES

2.1. Es innegable que las aguas termales, definidas como aquellas que surgen del suelo con una temperatura superior en 5°C a la de la superficie², han acompañado a la humanidad desde hace buen tiempo. Se reconoce el bienestar que produce y el relajamiento producto de la temperatura del agua y de los componentes que esta tiene, aspecto que se ha irrigado en las diferentes culturas. Rastreado su utilización “*se han encontrado evidencias de esa época de la existencia en la ciudad india de Mojenjo-Daro y en la ciudad de Epidaurus, en la Antigua Grecia. También han aparecido instalaciones en la isla griega de Creta (entre 1700 y 1400 a.C.) y en la ciudad egipcia de Tel el-Amarna (1360 a. C.)*”³. Además de su utilización en occidente, a partir de los griegos y, especialmente, con los romanos (que desarrollaron toda una cultura alrededor del baño y actividades asociadas al mismo)⁴, entre nosotros también se desplegó un

especial ritualismo alrededor del agua que incorporó el uso de las aguas termales desde el punto de vista curativo⁵ y fue también común en los árabes aun en la península ibérica por su aporte en salud, de los que se registra los baños de alhama en Granada⁶. En China, son famosas las termales de Heilongjiang, ubicadas al norte y colindantes con Rusia, publicitadas actualmente como balnearios para “regenerarse” y “tratarse a sí mismos”⁷ y hoy en día son igualmente utilizadas con múltiples objetivos en diferentes países, reconociendo, universalmente, el bienestar que produce y la sensación grata de pasar un tiempo en ellas⁸.

2.2. El agua termal, como fuente subterránea que emerge, debe considerarse como una riqueza natural de la Nación (artículo 8° C. Pol.) y produce la discusión en torno a su propiedad, teniendo en cuenta que proviene del subsuelo, del cual es propietario el Estado (artículo 332 *ibíd.*). Al respecto, es bien conocido el debate del subsuelo en la explotación de recursos naturales no renovables, tema que ha suscitado pronunciamientos de la Corte Constitucional en torno a su alcance y protección, así como del efecto regalía que necesariamente se produce por su explotación⁹. En el caso de las aguas termales, que surgen de manera espontánea a la superficie, debe deslindarse el efecto de aprovechamiento en el suelo, de una eventual intervención en el subsuelo. Es en el Código Nacional de Recursos Naturales (CNRN), Decreto-ley 2811 de 1974, muy anterior a nuestro ordenamiento constitucional pero que ha sido revisado por la Alta Corporación y encontrado ajustado al mismo¹⁰, en el que se define su naturaleza y tratamiento, tal y como aparece en el Capítulo II “*Del dominio de las aguas y sus cauces*”:

Artículo 85. Salvo los derechos adquiridos, la Nación se reserva la propiedad de aguas minerales y termales y su aprovechamiento se hará según lo establezca el reglamento [Énfasis fuera del texto].

Frigidarium: sala destinada a los baños de agua fría, estaba descubierto e incluía entre sus instalaciones una gran piscina donde poder practicar la natación (Natatio), **Tepidarium:** Habitación de temperatura tibia que preparaba al bañista para la de agua caliente; **Apodyterium:** Vestuarios y **Laconicum:** Baño de vapor. Cfr. Alonso Pereira, José Ramón, *Introducción a la Historia de la Arquitectura*, Editorial Reverté, Barcelona 2005, pág. 77.

⁵ Cfr. Quezada, Noemí, *Los Matlatzincas*, UNAM, México 1996, pág. 66.

⁶ Cfr. Instituto Geológico y Minero de España, *Aguas subterráneas, paisaje y vida*, serie 2, Madrid, 2001, pág. 448.

⁷ <http://www.globeholidays.net/Asia/China/Heilongjiang/Geography/Spas3.htm> [Acceso 27 de agosto de 2013].

⁸ El poema de Federico García Lorca, *Balada interior*, diferencia el agua del río del agua de la fuente (caliente, caliente como agua de la fuente) en un juego lúdico de imágenes.

⁹ Cfr. *inter alia*, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencias C-424 de 29 de septiembre de 1994, M.P. Fabio Morón Díaz; C-567 de 30 de noviembre de 1995, M. P. Fabio Morón Díaz; C-938 de 15 de octubre de 2003, M.P. Jaime Araújo Rentería.

¹⁰ Por ejemplo, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-126 de 1° de abril de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹ Radicado 201311400624531, con fecha de 10 de mayo de 2013.

² Cfr. <http://blog.ciencias-medicas.com/archives/853> y <http://www.definicionabc.com/geografia/aguas-termales.php> [Acceso 27 de agosto de 2013].

³ <http://blog.ciencias-medicas.com/archives/853> [Acceso 27 de agosto de 2013].

⁴ Deben recordarse las famosas y magníficas termas de Caracalla en Roma, en honor a ese emperador romano. En general, constaban de estancias como **palestra**: Patio central al que se abrían todas la demás estancias y se podía practicar ejercicios físicos; **tabernae**: Tiendas adosadas a las salas de baños donde se vendían bebidas y comida, que los vendedores pregonaban a grandes voces entre los bañistas; **caldarium**: Baño de agua caliente, el alveus, habitación más luminosa y adornada;

El Estado, en consecuencia, ostenta el dominio de estas aguas y es posible que las otorgue en concesión para su aprovechamiento, de manera reglada y respetando los intereses de la comunidad. Es importante señalar que las aguas termales se diferencian de los denominados recursos geotérmicos porque estos tienen temperaturas de más de 80°C (Decreto 2811 de 1974, artículo 173).

Adicionalmente y desde el punto de vista ambiental, el Estado ostenta los deberes básicos de protección, a saber, la diversidad e integridad del ambiente, la conservación de áreas de especial importancia “ecológica” y el fomento de la educación. Por su parte, el artículo 80 constitucional prescribe tres deberes concretos para el Estado:

- El deber de planificación del manejo y aprovechamiento de los “**recursos naturales**” con las finalidades de garantizar el desarrollo sostenible, conservar, restaurar y restituir. En la planeación y la formulación del Plan Nacional de Desarrollo (artículo 339 C. Pol.), se indica que debe contener orientaciones generales de la política ambiental, en el cual participa el Consejo Nacional de Planeación y en el que deben estar representados los sectores “ecológicos” (artículo 340 C. Pol.).

- El deber de prevención y control (en esencia debería tratarse del desarrollo, entre otros, del principio de precaución), de imposición de sanciones y de exigir reparación de daños (principio de responsabilidad).

- El deber de cooperación con naciones fronterizas (en concordancia con los artículos 226 y 289 C. Pol.).

En síntesis, existe un interés general en el uso y preservación de esta clase de aguas protegido constitucionalmente.

2.3. Teniendo en cuenta lo anterior, y acorde con las nociones contempladas en el artículo 2°, es necesario que se aclararen algunos componentes que hacen parte del articulado, tales como, usos médicos (v. gr. artículos 5°, 7°, 8°), declaración de aptitud del agua termal para usos médicos (artículos 7° - 8°) o registro (artículo 12), pues estos conceptos no se han precisado debidamente.

2.4. Si bien es cierto que ha existido una ruta curativa ancestral y que actualmente se ponderan sus beneficios, es claro que para definir la utilidad terapéutica del agua termal, primero debe conocerse la calidad de las aguas termales, su caracterización física, química y microbiológica (componentes minerales) y su clasificación para lo cual debe realizarse una investigación técnico-científica que defina dicha composición, la utilización de las aguas termales de acuerdo con su composición y la evidencia científica de sus efectos curativos. Este estudio debe basarse en el inventario y la información que el Servicio Geológico Colombiano recopile sobre el tema y que, además, contemple los riesgos que puede producirse para ciertas personas.

En este punto es conducente resaltar que, la regulación de actividades que pueden producir un riesgo en la comunidad y su sujeción a unos principios, un régimen de responsabilidad e, inclusive,

unas sanciones constituye un desarrollo del artículo 26 de la Constitución Política, en correspondencia con el artículo 49 *ibíd.* Desde esta perspectiva, se requiere una claridad científica en el tema que es posible que no sea susceptible de que exista, de manera general, en función de la heterogeneidad de los componentes de las aguas termales y de la serie de factores y variables que afectan a la persona que accede a las termales. Es más, en ausencia de un criterio claro, no podría ofrecerse una expectativa de cura a un padecimiento cuando no existen soportes de ello aunque sí ciertos casos que podría dar fe de esta capacidad.

De otra parte, para expedir la “*declaración del agua termal con aptitud para usos médicos*” de que trata el artículo 7° del proyecto, se debe contar con un procedimiento que defina los criterios técnicos que se tendrán en cuenta para clasificar las aguas termales de acuerdo con sus propiedades terapéuticas y, finalmente, otorgar dicha declaración, la cual se debe basar en el estudio de calidad de las aguas termales y haber definido clínicamente su uso y virtudes. No se define sobre qué tipo de soportes técnicos y/o científicos internacionales se van a basar, quién va a financiar los estudios. Esta evidencia de los estudios deberá ser demostrada por el titular de la concesión. Como se advierte, existen elementos que se encuentran en el vacío, lo cual es especialmente sensible cuando se trata de regular aspectos en salud.

Por otro lado, no establece cuál es la entidad responsable de realizar los estudios estadísticos de los registros clínicos de los pacientes ni los requisitos técnicos y administrativos que debe cumplir el interesado para otorgarle la concesión, el cual debe incluir los requisitos definidos por las normas ambientales y sanitarias colombianas.

2.5. En cuanto al destino del recurso hídrico, el Decreto 3930 de 2010, “*por el cual se reglamenta parcialmente el Título I de la Ley 9ª de 1979, así como el Capítulo II del Título VI-Parte III- Libro II del Decreto-ley 2811 de 1974, en cuanto a usos del agua y residuos líquidos y se dictan otras disposiciones*”, regula la materia. Dentro de la regulación allí contenida, no se contempla el uso terapéutico ni médico; teniendo en cuenta lo anterior, la autoridad ambiental deberá reglamentar al respecto, para que puedan expedir la respectiva concesión de aguas.

2.6. Es importante señalar que si bien la diversidad étnica y cultural debe ser respetada por el Estado (artículo 7° C. Pol.), y con ello su cosmovisión, se debe aclarar que las comunidades indígenas o comunidades negras y, en general los grupos étnicos, no están exentos del cumplimiento de la normatividad vigente o de la que se llegue a expedir en relación con este recurso hídrico. Para tal fin, es importante expresar que existen una serie de reglas destinadas a dirimir los conflictos que pueden suscitarse:

[...] **7.1. A mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía.** La realidad colombiana muestra que las numerosas comunidades indígenas existentes en el territorio nacional han

sufrido una mayor o menor destrucción de su cultura por efecto del sometimiento al orden colonial y posterior integración a la “vida civilizada” (Ley 89 de 1890), debilitándose la capacidad de coacción social de las autoridades de algunos pueblos indígenas sobre sus miembros. La necesidad de un marco normativo objetivo que garantice seguridad jurídica y estabilidad social dentro de estas colectividades, hace indispensable distinguir entre los grupos que conservan sus usos y costumbres -los que deben ser, en principio, respetados-, de aquellos que no los conservan, y deben, por lo tanto, regirse en mayor grado por las leyes de la República, ya que repugna al orden constitucional y legal el que una persona pueda quedar relegada a los extramuros del derecho por efecto de una imprecisa o inexistente delimitación de la normatividad llamada a regular sus derechos y obligaciones.

7.2. Los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares. Pese a que la sujeción a la Constitución y a la ley es un deber de todos los nacionales en general (CP artículos 4°, 6° y 95), dentro de los que se incluyen los indígenas, no sobra subrayar que el sistema axiológico contenido en la Carta de derechos y deberes, particularmente los derechos fundamentales, constituyen un límite material al principio de diversidad étnica y cultural y a los códigos de valores propios de las diversas comunidades indígenas que habitan el territorio nacional, las que, dicho sea de paso, estuvieron representadas en la Asamblea Nacional Constituyente.

7.3. Las normas legales imperativas (de orden público) de la República priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural. La interpretación de la ley como límite al reconocimiento de los usos y costumbres no puede llegar hasta el extremo de hacer nugatorio el contenido de estas por la simple existencia de la norma legal. El carácter normativo de la Constitución impone la necesidad de sopesar la importancia relativa de los valores protegidos por la norma constitucional -diversidad, pluralismo- y aquellos tutelados por las normas legales imperativas. Hay un ámbito intangible del pluralismo y de la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas que no puede ser objeto de disposición por parte de la ley, pues se pondría en peligro su preservación y se socavaría su riqueza, la que justamente reside en el mantenimiento de la diferencia cultural. La jurisdicción especial (CP artículo 246) y las funciones de autogobierno encomendadas a los consejos indígenas (CP artículo 330) deben ejercerse, en consecuencia, según sus usos y costumbres, pero respetando las leyes imperativas sobre la materia que protejan valores constitucionales superiores.

7.4. Los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas. Esta regla es consecuente con los principios de pluralismo y de diversidad, y no significa la aceptación de la costumbre contra legem

por tratarse de normas dispositivas. La naturaleza de las leyes civiles, por ejemplo, otorga un amplio margen a la autonomía de la voluntad privada, lo que, mutatis mutandis, fundamenta la prevalencia de los usos y costumbres en la materia sobre normas que sólo deben tener aplicación en ausencia de una autorregulación por parte de las comunidades indígenas [...]¹¹.

2.7. Ya en cuanto al trámite, el proyecto general de uso, aprovechamiento y conservación del acuífero que debe presentar el titular de la concesión, debe ser requisito previo para su otorgamiento y no posterior, el cual debe ser aprobado por la autoridad competente. En efecto, el artículo 9° de la iniciativa supone que ya existe un titular de la concesión y que en tal calidad presentará el proyecto general. Esto desvirtúa el principio de cautela en materia ambiental.

2.8. En lo que atañe al control periódico (artículo 13), referente a que la Superintendencia Nacional de Salud debe ejercer controles periódicos sobre la calidad de las aguas y la adecuación de su uso, es de anotar que no es tarea básica de esa entidad realizar funciones de tal naturaleza. Ello podría afectar postulados constitucionales, toda vez que la asignación de objetivos a las entidades del orden nacional en los términos de los artículos 150 (numeral 7) y 154 de la Constitución Política requiere la iniciativa o aval del Gobierno Nacional, situación no propia del caso concreto.

En torno a esta exigencia, la Corte Constitucional indicó:

[...] La Corte ha declarado la inexecutable de disposiciones en virtud de las cuales el Congreso, sin contar con la iniciativa del Gobierno o su aval en el trámite legislativo:

- i) **Ha creado entidades del orden nacional;**
- ii) **Ha modificado la naturaleza de una entidad previamente creada;**
- iii) Ha atribuido a un Ministerio nuevas funciones públicas ajenas al ámbito normal de sus funciones;
- iv) Ha trasladado una entidad del sector central al descentralizado o viceversa;
- v) Ha dotado de autonomía a una entidad vinculada o adscrita a algún Ministerio o ha modificado su adscripción o vinculación; o
- vi) Ha ordenado la desaparición de una entidad de la administración central. Para la Corte, tales disposiciones modifican la estructura de la administración central y su constitucionalidad depende de que haya habido la iniciativa o el aval gubernamental [...]¹² [Énfasis fuera del texto].

Recientemente ha precisado esa Corporación:

[...] La modificación de la estructura de la administración, en este caso por creación de una entidad, tiene exigencias específicas consagradas en

¹¹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-254 de 30 de mayo de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹² CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-889 de 1° de noviembre de 2006, M.P. Manuel Cepeda Espinosa.

la Constitución¹³. El numeral 7 del artículo 150 de la Constitución prevé que dichas decisiones deben llevarse a cabo por medio de ley y, adicionalmente, el segundo inciso del artículo 154 de la Constitución establece que, entre otras, las descritas en el numeral 7 del artículo 150 de la Constitución “sólo podrán ser dictadas o reformadas por iniciativa del Gobierno”. Por estas razones, al analizar la adecuación constitucional del artículo 31 del proyecto en estudio debe verificarse que el mismo haya sido consecuencia de la iniciativa gubernamental.

En este sentido, se tiene que el proyecto ahora estudiado es fruto de la acumulación de tres proyectos de ley diferentes, uno de ellos presentado por un grupo de Congresistas **-Proyecto de ley número 014 de 2011 Cámara-**, un segundo proyecto presentado por la Senadora Alexandra Piraquive **-Proyecto de ley número 045 de 2011 Senado-** y el otro presentado por el Gobierno, a través del Ministro del Interior y de Justicia - **Proyecto de ley número 084 de 2011 Cámara-**. En el articulado del proyecto presentado por el Gobierno no se previó la creación de la Unidad Administrativa Especial de las Juventudes; por el contrario, la iniciativa para la creación de esta entidad surge del artículo 100 a 105 del **Proyecto de ley número 014 de 2011 Cámara** y de los artículos 100 a 105 del **Proyecto de ley número 045 de 2011 Senado**.

La ausencia de iniciativa legislativa por parte del Gobierno nacional constituye un vicio procedimental, pues, en tanto se trata de la modificación de la estructura de la administración nacional por medio de la creación de una entidad, la propuesta debió surgir del proyecto por este presentado, en acuerdo con los mandatos del artículo 154 y el numeral 7 del artículo 150, ambos de la Constitución, que prevén la exclusividad del Gobierno en la iniciativa de proyectos que, entre otros, creen entidades del orden nacional.

La conclusión de que se está ante un vicio procedimental debe sustentarse, además de en la ausencia de iniciativa gubernamental, en que no se haya presentado durante el trámite legislativo alguna de dos situaciones:

i) El aval o coadyuvancia del Gobierno para que se tramitara esta iniciativa no obstante no haber sido por este propuesta -manifestación expresa durante el *iter* de creación legislativa-; o

ii) La aquiescencia: aceptación de que se trámite un tema que, estando reservado a su iniciativa, fue presentado dentro de un proyecto de distinta autoría [...] ^{14,15}.

De esta manera, la asignación de funciones adicionales a la Superintendencia Nacional de Salud, además de las ya previstas en el Decreto 2462 de 2013, encuentra un problema de iniciativa en el

punto específico a las atribuciones que desbordaría la razón de ser de esa entidad, a saber, “*los objetivos de la Superintendencia Nacional de Salud son los señalados en el artículo 39 de la Ley 1122 de 2007, y en las normas que la modifiquen o adicionen*” (artículo 2° del Decreto 2462 de 2013), igualmente no hay que pasar por alto que “*corresponde a la Superintendencia Nacional de Salud, ejercer inspección, vigilancia y control respecto de los actores del Sistema General de Seguridad Social en Salud enunciados, entre otros, en los artículos 121 y 130 de la Ley 1438 de 2011, o las demás normas que la adicionen, modifiquen o sustituyan*” (artículo 3° *ibíd.*).

Ahora bien, es dable resaltar que el cumplimiento de disposiciones está atribuido a instituciones especializadas y que realicen, esencialmente, una labor de ejecución, para el caso, la Superintendencia Nacional de Salud en lo de su competencia, y las entidades territoriales, teniendo en cuenta lo previsto en la Ley 715 de 2001. Las competencias para realizar el control periódico de la calidad de las aguas y la adecuación de su uso, debería estar acorde con la Ley 715 de 2001, así como la Ley 1209 de 2008, sobre seguridad en piscinas, Decreto 2171 de 2009 sobre criterios técnicos en establecimientos de piscinas y sus Resoluciones Reglamentarias 1510 de 2011, 4113 de 2012 y 4498 de 2012.

2.9. Adicionalmente, y en el sentido de establecer que los “establecimientos balnearios”, se consideren “centros sanitarios” (artículo 11), se puntualiza que tal caracterización no es viable por las siguientes razones:

i) Quien aspire tener un establecimiento de los aquí analizados debería acreditar una formación específica que esté en consonancia con la materia sub examine.

ii) La Ley 1164 “*por la cual se dictan disposiciones en materia del Talento Humano en Salud*”¹⁶, en el párrafo del artículo 19 definió que la medicina y terapias alternativas, son “[...] *aquellas técnicas prácticas, procedimientos, enfoques o conocimientos que utilizan la estimulación del funcionamiento de las leyes naturales para la autorregulación del ser humano con el objeto de promover, prevenir, tratar y rehabilitar la salud de la población desde un pensamiento holístico [...]*”.

iii) Igualmente, el párrafo del artículo 19 de la citada ley, considera que las “*Medicinas y terapias alternativas y complementarias*”, son: “[...] *la medicina tradicional China, medicina Adyurveda, medicina Naturopática y la medicina Homeopática. Dentro de las terapias alternativas y complementarias se consideran entre otras la herbología, acupuntura moxibustión, terapias manuales y ejercicios terapéuticos*”.

¹³ Al respecto, Sentencias C-482 de 2002; C-078 de 2003; C-570 de 2004; y C-889 de 2006, entre otras.

¹⁴ Respecto del aval o la aquiescencia pueden consultarse las Sentencias C-482 de 2002; C-078 de 2003; C-570 de 2004; y C-889 de 2006, entre otras.

¹⁵ **CORTE CONSTITUCIONAL**, Sentencia C-862 de 25 de octubre de 2012, M.P. Alexei Julio Estrada.

¹⁶ “[...] **Artículo 1°. Del Objeto.** [...] *Por Talento Humano en Salud se entiende todo el personal que interviene en la promoción, educación, información de la salud, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación de la enfermedad de todos los habitantes del territorio nacional dentro de la estructura organizacional de la prestación de los servicios de salud*”.

iv) Por otra parte, este Ministerio reguló las terapias alternativas y la medicina tradicional, mediante la Resolución 2927 de 1998, “*por la cual se reglamenta la práctica de terapias alternativas en la prestación de servicios de salud, se establecen normas técnicas, científicas y administrativas y se dictan otras disposiciones*”, definiendo, en el artículo 1°, las terapias alternativas como el “*Conjunto de conocimientos y procedimientos terapéuticos derivados de algunas culturas médicas existentes en el mundo, que han alcanzado un desarrollo científico, empleados para la promoción de la salud, la prevención y diagnóstico de la enfermedad y el tratamiento y rehabilitación de los enfermos, en el marco de una salud integral y considerando al ser humano como una unidad esencial constituida por cuerpo, mente y energía*”. En tal sentido, la Resolución 1441 de 2013, establece los estándares de habilitación para los Servicios de Salud que ofrezcan medicina alternativa.

v) Así mismo, a nivel internacional, la Organización Mundial de la Salud (OMS), considera como medicina tradicional a la medicina tradicional china, la ayurveda hindú, la medicina unani árabe y las diversas formas de medicina indígena¹⁷.

CONCLUSIÓN

En este orden, el termalismo no puede considerarse como medicina alternativa, complementaria o no convencional, tal y como se pretende en el proyecto de ley, hasta tanto no se cuente con evidencia científica que demuestre sus beneficios en salud. Es por ello que la Corte Constitucional ha manifestado:

En síntesis, el Estado ha aceptado y regulado la prestación de tratamientos de medicina alternativa, dejándola como potestad de las entidades promotoras de salud. Igualmente la jurisprudencia constitucional la ha reconocido como tal, sin embargo, no ha protegido la prestación de estos servicios en el contexto del derecho a la salud debido a la carencia de elementos que comprueben su eficacia científica [...] concluye la Corte que es evidente la vulneración al derecho a la salud cuando se desatienden los conceptos del médico tratante sin fundamento científico [...]¹⁸.

En efecto, al no existir bases emanadas de la ciencia médica que hagan plausible un aprovechamiento terapéutico, se está en un riesgo elevado de vulnerar el derecho fundamental a la salud, conforme a los lineamientos jurisprudenciales que se han venido desarrollando¹⁹.

De ahí que, se estime que la propuesta sub examine deba enfocarse hacia el uso de aguas termales por sus beneficios estéticos, para relajamiento físico y el bienestar, pero no incorporar aspectos terapéuticos. Por cuanto, subyacen problemas de

conveniencia y constitucionalidad que se advierten en el presente concepto.

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

COMISIÓN SÉPTIMA CONSTITUCIONAL PERMANENTE DEL HONORABLE SENADO DE LA REPÚBLICA

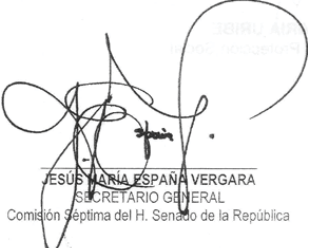
Bogotá, D. C., a los veinticuatro (24) días del mes de octubre del año dos mil catorce (2014).

En la presente fecha se autoriza la publicación en *Gaceta del Congreso*, concepto al proyecto de ley, para primer debate, suscrita por el señor Ministro de Salud y Protección Social, *Alejandro Gaviria Uribe*, en doce (12) folios, al **Proyecto de ley número 65 de 2014 Senado**, por medio de la cual se promueve, se fomenta, se regula, se orienta y se controla el aprovechamiento terapéutico y turístico de los balnearios termales y el uso de las aguas termales.

Autor honorable Senador *Marco Anibal Avirama Avirama*.

El presente concepto se publica en la *Gaceta del Congreso*, 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 DEL MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 207 DE 2014 SENADO, 120 DE 2013 CÁMARA

por medio de la cual se crea la Dirección de Salud Mental y Asuntos Psicosociales para el Fortalecimiento de la Política de Salud Mental en Colombia y se dictan otras disposiciones.

Bogotá, D. C.

Doctor

ANTONIO JOSÉ CORREA JIMÉNEZ

Senador de la República

Carrera 7ª N° 8 – 68

Ciudad

Asunto: Concepto sobre el Proyecto de ley número 207 de 2014 Senado, 120 de 2013 Cámara, por medio de la cual se crea la Dirección de Salud Mental y Asuntos Psicosociales para el

¹⁷ Cfr. http://whglibdoc.who.in/hq/2002/WHO_EDM_TRM_2002.1_spa.pdf [Acceso 27 de agosto de 2014].

¹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-654 de 30 de agosto de 2010, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

¹⁹ Cfr., entre otras, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencias C-313 de 29 de mayo de 2014, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; T-760 de 31 de julio de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-016 de 22 de enero de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Fortalecimiento de la Política de Salud Mental en Colombia y se dictan otras disposiciones.

Estimado Senador:

Teniendo presente que la iniciativa de la referencia está pendiente de surtir primer debate en esa Corporación, tercero del *iter* legislativo, y en virtud de que la misma ha avanzado sin tener en cuenta las observaciones que ha formulado esta Cartera (concepto 201311401542151 de 5 de diciembre de 2013), destinadas a poner de relieve su inviabilidad, se hace necesario reiterar la posición institucional desde la perspectiva del Sector Salud y Protección Social. Adicionalmente, se incorporan comentarios en relación con ciertos aspectos nuevos que se han incluido en el mismo. Para tal cometido, se toma como fundamento el texto publicado en la *Gaceta del Congreso* número 313 de 2014:

1. La propuesta legislativa si bien ha modulado su objeto en el sentido de ya no “*Fortalecer institucionalmente la Salud Mental en MSPS*” sino en el de “*Fortalecer la Política de Salud Mental en Colombia*”, continúa planteado tanto la creación de una Dirección en el Ministerio de Salud y Protección Social como la consecuente modificación de la estructura y funciones del mismo. En efecto, desde la exposición de motivos se analizaba el impacto fiscal de la medida y se concluía, para ese entonces, lo siguiente:

[...] Teniendo en cuenta que en materia presupuestal es una atribución exclusiva del Congreso de la República a través del Marco Normativo que lo rige y que se compila en el Estatuto Orgánico de presupuesto -**Decreto número 111 de 1996, Ley 819 de 2003 y las disposiciones generales de la Ley Anual de Presupuesto**- aprobar el presupuesto general de la Nación bajo los lineamientos legales respectivos y en cumplimiento y en concordancia con los principios presupuestales de planificación, especialización, universalidad y programación integral, le solicitamos al Congreso de la República la inclusión de este proyecto de ley en el Presupuesto Anual de la Nación vigencia del año 2014 de acuerdo al impacto fiscal que arriba se describe.

Cabe recordar que existen fondos presupuestados para la vigencia 2014 por el orden de 18 billones de pesos, y que esta apropiación está destinada específicamente al rubro de salud.

En este orden de ideas reiteramos nuestra solicitud:

Que este proyecto como es el de crear la Dirección de Salud Mental y Asuntos Psicosociales para el Fortalecimiento de la Política de Salud Mental en Colombia, haga parte del presupuesto general de la Nación a partir del año 2014¹.

2. Bajo esta perspectiva, al revisar el artículo 154 Constitucional, se advierte que sólo podrán ser dictadas o reformadas por iniciativa gubernamental las leyes que se refieren, entre otras, al numeral 7 del artículo 150, es decir, las relativas a la estructura de la administración.

En torno a esta exigencia, la Corte Constitucional indicó:

[...] La Corte ha declarado la inexecutable de disposiciones en virtud de las cuales el Congreso, sin contar con la iniciativa del Gobierno o su aval en el trámite legislativo:

- i) **Ha creado entidades del orden nacional;**
- ii) **Ha modificado la naturaleza de una entidad previamente creada;**
- iii) Ha atribuido a un Ministerio nuevas funciones públicas ajenas al ámbito normal de sus funciones;
- iv) Ha trasladado una entidad del sector central al descentralizado o viceversa;
- v) Ha dotado de autonomía a una entidad vinculada o adscrita a algún ministerio o ha modificado su adscripción o vinculación; o
- vi) Ha ordenado la desaparición de una entidad de la administración central. Para la Corte, tales disposiciones modifican la estructura de la administración central su constitucionalidad depende de que haya habido la iniciativa o el aval gubernamental [...] ² [Énfasis fuera del texto].

En ese orden de argumentación, el máximo tribunal constitucional ha tenido la oportunidad de insistir sobre la materia:

[...] Partiendo del enunciado de dicho artículo, la Corte ha precisado que corresponde al Legislador la determinación de la estructura de la Administración nacional. En desarrollo de dicha competencia, debe definir los elementos de esa estructura, la tipología de la entidad y sus interrelaciones³. Así mismo, el Congreso tiene la potestad consecuente de fusión, transformación y supresión de dichos organismos⁴. No obstante, la competencia a que se refiere el numeral 7 del artículo 150 Superior no supone un ejercicio totalmente independiente por parte del Congreso de la República, pues es necesario contar con la participación gubernamental para expedir o reformar las leyes referentes a la estructura de la Administración nacional, toda vez que la iniciativa para su adopción pertenece en forma exclusiva al Gobierno Nacional de conformidad con lo preceptuado en el artículo 154 Superior⁵.

En ese orden de ideas, en la jurisprudencia de la Corporación se ha explicado que “*i) la función de determinar la estructura de la administración nacional, no se agota con la creación, supresión o fusión de los organismos que la integran, sino que abarca proyecciones mucho más comprensivas que tienen que ver con el señalamiento de la estructura orgánica de cada uno de ellos, la precisión de sus objetivos, sus funciones generales y la vinculación con otros organismos para fines del*

² **CORTE CONSTITUCIONAL**, Sentencia C-889 de 1^o de noviembre de 2006, M.P. Manuel Cepeda Espinosa.

³ Cfr. **CORTE CONSTITUCIONAL**, Sentencia C-1190 de 2000. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

⁴ Cfr. **CORTE CONSTITUCIONAL**, Sentencia C-299 de 1994. M.P. Antonio Barrera Carbonell. Ver igualmente Sentencia C-465 de 1992 M. P. Ciro Angarita Barón.

⁵ Cfr. **CORTE CONSTITUCIONAL**, Sentencia C-012 de 2003 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

¹ *Gaceta del Congreso*, Año XXII - N^o 826 de 2013.

*control*⁶, así como también regular los asuntos relacionados con el régimen jurídico de los trabajadores, con la contratación y con las materias de índole presupuestal y tributario, entre otras [...] ⁷.

Bajo este entendido, es de resaltar que este Ministerio no ha dado su aval para la modificación propuesta por lo que la misma resulta inconstitucional.

De otra parte, si bien el Congreso es el órgano competente para definir vía legal la estructura general de la administración pública (artículo 150, numeral 7; conc. artículo 154), le corresponde al Presidente de la República, como jefe de gobierno y en pleno uso de su facultad reglamentaria expedir decretos que modifiquen la estructura de los Ministerios, entre otros entes. En efecto, tanto la Ley 489 de 1998 (artículo 54⁸), como la Constitución Política (artículo 189, numeral 16⁹), establecen los parámetros a los que se debe sujetar el mandatario para llevar a cabo dicha función. Al respecto, en la Sentencia C-580 de 2013 se puntualizó:

[...] **3.5.6.** En este entendido, el Presidente de la República podrá, de conformidad con lo consagrado en los numerales 15 y 16 del artículo 189, “*Suprimir o fusionar entidades u organismos administrativos nacionales*” o “*Modificar la estructura de los Ministerios, Departamentos Administrativos y demás entidades u organismos administrativos nacionales*” “*de conformidad con la ley*”¹⁰ o “*con sujeción a los principios y reglas generales que defina la ley*”¹¹.

Sobre el particular, la jurisprudencia de esta Corporación ha destacado que “*Solo a la ley compete determinar inicialmente la estructura de la Administración (...), y que si bien el Presidente de la República como Legislador extraordinario puede llegar a fijar los elementos de la estructura orgánica de una entidad, este no puede autoconferirse facultades para determinar dicha estructura orgánica por fuera de los precisos límites temporales del artículo 150-10 Superior*”¹²¹³.

3.5.7. Ahora, la Ley 489 de 1998¹⁴ desarrolla la regla constitucional del artículo 150-7, según la

cual al Congreso Nacional mediante ley le corresponde crear las entidades del orden nacional señalando sus objetivos generales y estructura orgánica [...] ¹⁵.

Entre otras razones, esta Cartera no ha dado su aval para la creación de dicha dirección debido al reparto de competencias antes señalado.

3. Sin perjuicio de lo anterior, la creación de reparticiones dentro de un Ministerio debe estar rodeada de un estudio consistente en cuanto a la organización y eficacia para atender diversos temas según la órbita de su competencia. Es así que, en 2011, se produjo la escisión del Ministerio de la Protección Social, autorizada por la Ley 1444 de 2011, lo cual dio lugar a la expedición del Decreto-ley 4107 de 2011 “*por la cual se determinan los objetivos y la estructura del Ministerio de Salud y Protección Social y se integra el Sector Administrativo de Salud y Protección Social*”. Esta estructura fue modificada por el Decreto 2562 de 2012, por medio del cual se creó la Dirección de Beneficios, Costos y Tarifas del Aseguramiento en Salud. Al respecto, y para los efectos que ahora nos ocupa es pertinente manifestar que en el artículo 5° del mencionado decreto-ley, en lo que corresponde al Viceministerio de Salud Pública y Prestación de Servicios, se consideró del caso la siguiente organización:

2.1. Dirección de Promoción y Prevención

2.1.1. Subdirección de Enfermedades Transmisibles.

2.1.2. Subdirección de Enfermedades No Transmisibles.

2.1.3. Subdirección de Salud Ambiental.

2.1.4. Subdirección de Salud Nutricional, Alimentos y Bebidas.

2.2. Dirección de Epidemiología y Demografía

2.3. Dirección de Prestación de Servicios y Atención Primaria

2.3.1. Subdirección de Prestación de Servicios.

2.3.2. Subdirección de Infraestructura en Salud.

2.4. Dirección de Medicamentos y Tecnologías en Salud

2.4.1. Unidad Administrativa Especial Fondo Nacional de Estupefacientes.

2.5. Dirección de Desarrollo del Talento Humano en Salud

De esta estructura, la primera de las Direcciones (Promoción y Prevención, artículo 16), es la encargada de adelantar funciones tales como:

[...] Proponer normas, políticas, planes, programas y proyectos en materia de promoción de la salud sexual y reproductiva, la salud mental, el desarrollo de la infancia y la adolescencia, la seguridad alimentaria y la educación en salud, y dirigir su seguimiento y evaluación.

Como se puede apreciar, existe un reparto sobre la materia y un enfoque específico que debe ser desarrollado en conjunto con otras problemáticas

⁶ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-299 de 1994 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-251 de 6 de abril de 2011, M.P. Jorge Pretelt Chaljub.

⁸ El artículo 54 de la Ley 489 de 1998 se refiere a los principios y reglas generales que debe seguir el gobierno nacional para modificar la estructura de los ministerios, departamentos administrativos y demás organismos administrativos del orden nacional.

⁹ “[...] 16. Modificar la estructura de los Ministerios, Departamentos Administrativos y demás entidades u organismos administrativos nacionales, con sujeción a los principios y reglas generales que defina la ley”.

¹⁰ Numeral 15 del artículo 189 C.P.

¹¹ Numeral 16 del artículo 189 C.P.

¹² “En la Sentencia C-382/00 M.P. Antonio Barrera Carbonell SV Eduardo Cifuentes Muñoz, Vladimiro Naranjo Mesa y Álvaro Tafur Galvis”.

¹³ Sentencia C-727/00 M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

¹⁴ Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.

¹⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-580 de 28 de agosto de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

desde el abordaje de la promoción y prevención, sin perjuicio de que esté presente en el ámbito de prestación de servicios o promoción social, así como en las distribuciones propias del Viceministerio de Protección Social. De ahí que, valga la pena indicar, la Ley 1616 de 2013, “*por medio de la cual se expide la ley de Salud Mental y se dictan otras disposiciones*”, establece un horizonte sobre la temática a partir de los diversos puntos que genera la atención de la salud mental.

Por otra parte, también debe precisarse que, como en el caso bajo análisis, no es necesario crear una repartición administrativa para sensibilizar sobre un tema y para realizar un abordaje apropiado. Tampoco resulta conveniente que toda tipología de enfermedad prevalente tenga una Dirección que se ocupe específicamente de ella, pues particularizaría de forma contraproducente y compleja el funcionamiento de una entidad, aspecto que este Ministerio ha puesto de relieve frente a la fragmentación del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Un postulado como este sería la base para una segmentación de las problemáticas en salud desprovistas de una visión global.

4. Adicionalmente, y conforme a lo que se viene tratando, es de anotar que las obligaciones que se desprenden generarían gasto y erogaciones a nivel financiero, produciendo impacto fiscal en los términos del 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*”.

Sobre este aspecto la Corte Constitucional en la Sentencia C-502 de 2007, determinó que el artículo 7° de la Ley 819 de 2003 constituye un importante instrumento de racionalización de la actividad legislativa, con el fin de que esta se realice con conocimiento de causa de los costos fiscales que genera cada una de las leyes aprobadas por el Congreso de la República, lo que a su vez permite que la legislación sea acorde con la situación económica del país y la política económica que se ha trazado¹⁶.

Igualmente, en la Sentencia C-700 de 2010, el máximo tribunal constitucional, expresó:

[...] Desde el año 2004, la jurisprudencia se ha encargado de precisar el alcance del artículo 7° de la Ley 819 de 2003, con motivo de las objeciones gubernamentales propuestas contra proyectos aprobados en el Congreso de la República [...]

[...] 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 Ha-

cienda 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 [...].

[...] **9.5.3.4.** Es decir, dentro del trámite legislativo el Ministro del ramo de Hacienda y Crédito Público explicó, de manera exhaustiva, las graves consecuencias que la adopción de estas disposiciones implicarían para las finanzas de los departamentos, especialmente los más pequeños.

9.5.3.5. Es decir, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público cumplió con suficiencia la obligación contenida en el artículo 7° de la Ley 819 de 2003 y, por tanto, como se desarrolló en la parte motiva de esta providencia, surgió en cabeza del Congreso la obligación de discutir y analizar las razones presentadas por el ejecutivo. Sin embargo, dentro del trámite del proyecto de ley no existe ninguna consideración ni sobre el impacto fiscal del proyecto ni del informe presentado por el Ministro.

9.5.3.6. Además, una vez presentadas las objeciones por parte del Ejecutivo, el Congreso no hizo observación alguna sobre las repercusiones fiscales de las disposiciones objetadas. En efecto, en la *Gaceta del Congreso* número 495 del 12 de junio de 2009, en la que se publicó el informe de objeciones, se observa que el Congreso no mencionó si quiera el tema del impacto fiscal del proyecto de ley. Se limitó a contestar las objeciones del Presidente dirigidas a la vulneración del artículo 299 de la Carta, en cuanto a la delegación que el artículo 4° realiza a las asambleas departamentales para la determinación de los elementos de las prestaciones sociales que no hayan sido fijados en la ley.

9.5.3.7. Visto lo anterior, la Corte estima que en la presente oportunidad:

i) El Congreso no examinó por sí mismo el impacto fiscal de los artículos 2° y 3° del proyecto de ley de la referencia;

ii) El Gobierno, cumplió con la obligación contenida en el artículo 7° de la Ley 819 de 2003 y conceptuó negativamente en relación con la con-

¹⁶ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-502 de 4 de julio de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

sistencia de lo dispuesto en los mismos artículos y el Marco Fiscal de Mediano Plazo, agregando que dichas normas tampoco consultaban el estado de las finanzas de las entidades territoriales, y

iii) A pesar de la existencia del pormenorizado informe del Ministerio de Hacienda sobre las graves repercusiones financieras que acarrearía la adopción del proyecto a las entidades territoriales, el legislador no hizo referencia ni análisis alguno del impacto fiscal de las disposiciones dentro del trámite de la ley ni tampoco dentro de la insistencia presentada.

9.5.3.8. Por todo lo anterior, esta Sala considera que presentado el informe por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, surgía, en virtud del artículo 7° de la Ley Orgánica 819 de 2003, la obligación del Congreso de analizar y discutir las razones aducidas por el ejecutivo. Por ello, se declararán fundadas las objeciones presentadas por el Gobierno en relación con los artículos 2° y 3° [...] ¹⁷.

Ahora bien, es oportuno señalar que el impacto presupuestal de la iniciativa legislativa *sub examine* podría además desbordar la capacidad fiscal o, cuando menos, afectar el principio de sostenibilidad a que refiere el artículo 1° del Acto Legislativo 03 de 2011 ¹⁸, modificadorio del artículo 334 de la Constitución Política, que dispone:

[...] 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. En cualquier caso el gasto público social será prioritario** [...] La sostenibilidad fiscal debe orientar a las Ramas del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica [...]. [Énfasis fuera del texto].

Para luego, en su párrafo, precisar lo siguiente:

[...] Párrafo. Al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva.

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

¹⁸ Declarado exequible. Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-288 de 18 de abril de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

En cuanto a derechos prestacionales con impacto fiscal, el artículo 334 Constitucional establece el trámite de un incidente de impacto fiscal ¹⁹.

[...] El Procurador General de la Nación o uno de los Ministros del Gobierno, una vez proferida la sentencia por cualquiera de las máximas corporaciones judiciales, podrán solicitar la apertura de un incidente de Impacto Fiscal, cuyo trámite será obligatorio. Se oirán las explicaciones de los proponentes sobre las consecuencias de la sentencia en las finanzas públicas, así como el plan concreto para su cumplimiento y se decidirá si procede modular, modificar o diferir los efectos de la misma, con el objeto de evitar alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal. En ningún caso se afectará el núcleo esencial de los derechos fundamentales [...].

Si bien el inciso de la norma citada está enfocado hacia decisiones judiciales, en general se trata de incorporar un principio relativo a la actuación del Estado en sus diferentes ramas y órdenes.

Este esquema se ve reforzado en la Ley 1473 de 2011 o regla fiscal, contentiva de normas orgánicas de presupuesto que al tenor del artículo 5°, consagra:

[...] El gasto estructural no podrá superar al ingreso estructural, en un monto que exceda la meta anual de balance estructural establecido [...].

La misma ley define en su artículo 3° el *balance estructural* como:

[...] d) Balance Fiscal Estructural: Corresponde al Balance Fiscal Total ajustado por el efecto del ciclo económico, por los efectos extraordinarios y transitorios de la actividad mineroenergética, y por otros efectos de naturaleza similar. Equivale a la diferencia entre ingreso estructural y gasto estructural del Gobierno Nacional [...].

Desde luego, resulta indispensable que se haga explícito el análisis del impacto fiscal requerido por la ley y la financiación de costos, con el fin de optimizar la racionalidad de la actividad legislativa y obtener su coherencia con las realidades macroeconómicas del país en un marco de sostenibilidad fiscal. Bajo este entendido, no basta con informar que existen potenciales recursos en el presupuesto, por el contrario, debe existir una fuente financiera. Es imprescindible establecer su suficiencia, así como el efecto que pueda producir sobre los otros gastos que asume la entidad. En todo caso, este es un tema que no escapa a la órbita de las funciones del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Cartera a la cual se remitirá copia de este pronunciamiento.

5. Finalmente, sobre el artículo relativo a la reglamentación “*en un término no mayor a seis (6) meses*”, debe decirse que esta clase de cláusulas han sido catalogadas contrarias al ordenamiento. En ese sentido, y en cuanto al límite en el tiempo de la facultad reglamentaria, la Corte Constitucional ha señalado:

¹⁹ Cfr. Ley 1695 de 2013, por medio de la cual se desarrolla el artículo 334 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.

[...] 48. Respecto del primer tópico, debe la Sala recordar cómo la jurisprudencia constitucional ha insistido en que someter la potestad reglamentaria a una limitación de orden temporal significa desconocer lo establecido en el artículo 189 numeral 11, Superior²⁰.

Según lo previsto en el referido precepto constitucional, la potestad reglamentaria no solo radica en cabeza del Presidente de la República como suprema autoridad administrativa sino que el Presidente conserva dicha potestad durante todo el tiempo de vigencia de la ley, con el fin de asegurar su cumplida ejecución. En otras palabras: el legislador no puede someter a ningún plazo el ejercicio de la potestad reglamentaria. Al haber sujetado el artículo 19 el ejercicio de tal potestad a un plazo, incurrió en un práctica que contradice lo dispuesto por el artículo 189 numeral 11 de la Constitución Nacional, motivo por el cual la Sala declarará inexecutable el siguiente aparte del artículo 19 de la Ley 1101 de 2006 "en un plazo no superior a seis (6) meses, contados a partir de su entrada en vigencia"²¹.

En estos términos, se presenta la posición del Ministerio de Salud y Protección Social en lo relativo a la iniciativa legislativa de la referencia y agradece de antemano, la atención que se haga a estos comentarios. Se reitera que por las razones expuestas contiene problemas de constitucionalidad, le subyacen reparos financieros y, adicionalmente, no resulta conveniente de acuerdo con la actual estructura.

Atentamente.


ALEJANDRO GAVIRIA URIBE
 Ministro de Salud y Protección Social


 Copia: Dr. Mauricio Cárdenas Santamaría, Ministro de Hacienda y Crédito Público.

Copia: Dr. Jesús María España Vergara, Secretario General - Comisión Séptima Constitucional Senado de la República

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

Bogotá, D. C., a los veinticuatro (24) días del mes de octubre del año dos mil catorce (2014).

En la presente fecha se autoriza la publicación en la **Gaceta del Congreso**, concepto al proyecto de ley para primer debate, suscrita por el señor Ministro de Salud y Protección Social, **Alejandro Gaviria Uribe**, en once (11) folios, al **Proyecto de ley número 207 de 2014 Senado, 120 de 2013 Cámara, por medio de la cual se crea la Dirección**

²⁰ Cfr. **CORTE CONSTITUCIONAL**, Sentencia C-066 de 10 de febrero de 1999, MM.PP Fabio Morón Díaz y Alfredo Beltrán Sierra.

²¹ **CORTE CONSTITUCIONAL**, Sentencia C-1005 de 15 de octubre de 2008, M.P. Humberto Sierra Porto. Igualmente, cfr. Sentencia C-765 de 3 de octubre de 2012, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

de Salud Mental y Asuntos Psicosociales para el Fortalecimiento de la Política de Salud Mental en Colombia y se dictan otras disposiciones.

Autoría de los honorables Congresistas **Alba Luz Pinilla Pedraza, Diela Lilibiana Benavides Solarte, Lina María Barrera Rueda, Ángela María Robledo Gómez, Fabio Raúl Amin Salame, Eduardo Enrique Pérez Santos, Armando Antonio Zabaraín D'Arce, Gloria Stella Díaz Ortiz, Gloria Inés Ramírez, Mauricio Ospina Gómez.**

El presente Concepto se publica en la **Gaceta del Congreso**, 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

CONTENIDO

Gaceta número 661 - Martes, 28 de octubre de 2014	
SENADO DE LA REPÚBLICA	
PONENCIAS	Págs.
Informe de ponencia para segundo debate, texto propuesto con modificaciones y texto aprobado por la Comisión Primera al Proyecto de ley número 48 de 2014 Senado, por la cual se modifican el Código Penal, el Código de la Infancia y la Adolescencia y la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios con el fin de proteger la vida e integridad física de las personas en relación con la protección del equipamiento de los servicios públicos domiciliarios y del espacio público	1
CONCEPTOS JURÍDICOS	
Concepto jurídico del Ministerio de Hacienda y Crédito Público a la ponencia para primer debate al Proyecto de ley número 32 de 2014 Senado, por la cual se establece la cotización en seguridad social de las personas que desarrollan contratos de prestación de servicios; acumulado con el Proyecto de ley número 41 de 2014 Senado, por medio de la cual se elimina la múltiple contribución en seguridad social en los contratos de prestación de servicios profesionales y se dictan otras disposiciones.....	8
Concepto jurídico del Ministerio de Salud y Protección Social al Proyecto de ley número 65 de 2014 Senado, por medio de la cual se promueve, se fomenta, se regula, se orienta y se controla el aprovechamiento terapéutico y turístico de los balnearios termales y el uso de las aguas termales.....	10
Concepto jurídico del Ministerio de Salud y Protección social al Proyecto de ley número 207 de 2014 Senado, 120 de 2013 Cámara, por medio de la cual se crea la Dirección de Salud Mental y Asuntos Psicosociales para el Fortalecimiento de la Política de Salud Mental en Colombia y se dictan otras disposiciones.....	15