



GACETA DEL CONGRESO

SENADO Y CÁMARA

(Artículo 36, Ley 5ª de 1992)

IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA
www.imprenta.gov.co

ISSN 0123 - 9066

AÑO XXVI - N° 1032

Bogotá, D. C., jueves, 9 de noviembre de 2017

EDICIÓN DE 49 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

CÁMARA DE REPRESENTANTES

CONCEPTOS

CONCEPTO PREVIO Y FAVORABLE AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 54 DE 2017 SENADO

sobre la conveniencia de crear el Distrito Petroquímico, Portuario y Turístico al Municipio de Barrancabermeja, Santander.

CESPDOT 3.14.3.2.21-309/2017

Bogotá, D. C., martes, 31 de octubre de 2017

Doctora

SANDRA OVALLE GARCÍA

Secretaria General

Comisión Ordenamiento Territorial

Senado de la República

Ciudad

Doctora Sandra:

En cumplimiento de instrucciones del señor Presidente de la Comisión de Ordenamiento Territorial de la Cámara de Representantes, doctor Dídir Burgos Ramírez, para su conocimiento me permito allegar a su despacho en medio físico y CD, "**Proyecto de Concepto Previo y Favorable al Proyecto de ley número 54 de 2017 Senado, sobre la conveniencia de crear el Distrito Petroquímico, Portuario y Turístico al Municipio de Barrancabermeja, Santander**", en cinco (5) folios, presentado por los honorables Representantes a la Cámara, doctora *Lina María Barrera Rueda* y doctor *Ciro Antonio Rodríguez Pinzón*, en virtud de la dignación realizada por la Mesa Directiva de esta Célula Congresional.

Así mismo, adjunto CD que contienen Expedientes e Informes Técnicos Diferendos Limitrofes Territoriales Departamentales, que se relacionan a continuación, allegados a esta

Secretaría según petición formulada a la Dirección General del IGAC, con el fin de coordinar el trámite según competencia legal al interior de las COT Congreso de la República.

Relación Expedientes e informes Técnicos:

1. Santander - Norte de Santander
2. Antioquia - Córdoba
3. Atlántico - Bolívar
4. Cesar - Norte de Santander
5. Boyacá - Santander
6. Cesar - La Guajira
7. Cauca - Huila
8. Meta - Caquetá - Guaviare
9. Bogotá - La Calera
10. Boyacá - Norte de Santander
11. Boyacá - Cundinamarca
12. Antioquia - Chocó
13. Boyacá - Casanare
14. Nariño - Putumayo

Cordial saludo,

ESMERALDA SARRÍA VILLA
Secretaria General

Anexo: Copia Proyecto Concepto Creación Distrito Barrancabermeja, 5 folios + CD

CD Diferendos Limítrofes Territoriales Departamentales, según relación.

C.C. doctor *Jorge Humberto Mantilla Serrano*
Secretario General
Cámara de Representantes

PROYECTO DE CONCEPTO PREVIO Y FAVORABLE AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 54 DE 2017 SENADO

sobre la conveniencia de crear el Distrito Petroquímico, Portuario y Turístico al Municipio de Barrancabermeja, Santander.

Bogotá, D. C., octubre de 2017

Honorables Representantes

Comisión Especial de Seguimiento al Proceso de Descentralización y Ordenamiento Territorial Cámara de Representantes

Doctora

ESMERALDA SARRIA VILLA

Secretaría General

Comisión Especial de Seguimiento al Proceso de Descentralización y Ordenamiento Territorial Cámara de Representantes

Referencia: Proyecto de concepto previo y favorable al Proyecto de ley número 54 de 2017 Senado, sobre la conveniencia de crear el Distrito Petroquímica, Portuario y Turístico Municipio de Barrancabermeja, Santander.

Respetados doctores:

En cumplimiento de la designación que nos hiciera la mesa directiva de la Comisión Especial de Seguimiento al Proceso de Descentralización y Ordenamiento Territorial, de la manera más atenta, por medio del presente escrito y dentro del término establecido para el efecto, procedemos a rendir y poner en consideración de esta Comisión, el proyecto de concepto previo y favorable al **Proyecto de ley número 54 de 2017 Senado, sobre la conveniencia de crear el Distrito Petroquímico, Portuario y Turístico al Municipio de Barrancabermeja, Santander.**

CONCEPTO PREVIO SOBRE LA CONVENIENCIA DE CREAR EL DISTRITO PETROQUÍMICO, PORTUARIO Y TURÍSTICO DEL MUNICIPIO DE BARRANCABERMEJA, SANTANDER

1. ANTECEDENTES

1.1. Fundamento jurídico

Debemos partir de la consagración Constitucional que ampara la regulación prevista para los distritos como figura integrante de la organización territorial del Estado colombiano, al efecto conviene citar las disposiciones correspondientes con el tema que se abordará en este concepto, para definir de esta forma el marco

normativo principal consignado en el artículo 1° “*Colombia es un Estado Social de Derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales*”. Artículo 286 “*Son entidades territoriales los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas*”. Artículo 287 “*Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley*”.

La Ley 1454 de 2011, “*por la cual se dictan normas orgánicas sobre Ordenamiento Territorial y se modifican otras disposiciones*”, en su Capítulo 111, establece las competencias en materia de ordenamiento del territorio, exactamente el artículo 29 reza en su numeral 3 “*De los Distritos Especiales: a) Dividir el territorio distrital en localidades, de acuerdo a las características sociales de sus habitantes y atribuir competencias y funciones administrativas*”.

Mediante la Ley 1617 de 2013, se expidió por el honorable Congreso de la República el “**Régimen para los Distritos Especiales**”, norma que en su artículo 8° consagra los únicos requisitos legales vigentes para la creación de distritos. El numeral 2 del precitado artículo, requiere emitir:

“Concepto previo y favorable sobre la conveniencia de crear el nuevo distrito, presentado conjuntamente entre las Comisiones Especiales de Seguimiento al Proceso de Descentralización y Ordenamiento Territorial del Senado de la República y la Cámara de Representantes, y la Comisión de Ordenamiento Territorial como organismo técnico asesor; concepto que será sometido a consideración de las Plenarias del Senado de la República y de la Cámara de Representantes, respectivamente”.

Conforme con la norma transcrita y la designación realizada por parte de la Comisión, nos corresponde rendir el concepto correspondiente dentro del proceso de categorización de una entidad territorial de municipio a Distrito.

1.2. Relación del proyecto de ley, relativo a la categorización de Barrancabermeja, Santander, como Distrito Especial.

Proyecto de ley número 54 de 2017 Senado, por medio del cual se otorga la categoría de Distrito Petroquímico, Portuario y Turístico al Municipio de Barrancabermeja, Santander. Presentado por los honorables Senadores Juan Manuel Galán y Jorge Enrique Robledo, ante la Secretaría General del Senado, el 31 de julio del año 2017. Publicado en la *Gaceta del Congreso* número 667 de 2017.

2. CONSIDERACIONES

2.1. Cumplimiento de requisitos legales para declarar distrito especial.

El Proyecto de ley tiene como objeto categorizar al actual municipio de Barrancabermeja (Santander) como Distrito Especial Petroquímico,

Portuario y Turístico, señalando que se someterá en adelante al régimen previsto en la Ley 1617 de 2013.

De conformidad con la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, las disposiciones tendientes a la transformación de la entidad Municipal en una de orden Distrital se corresponden con los lineamientos dispuestos por el artículo tercero de dicha normatividad y sobre los principios rectores del ordenamiento territorial en especial:

“Autonomía. Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses dentro de los límites de la Constitución y la ley.

Descentralización. La distribución de competencias entre la Nación, entidades territoriales y demás esquemas asociativos se realizará trasladando el correspondiente poder de decisión de los órganos centrales del Estado hacia el nivel territorial pertinente, en lo que corresponda, de tal manera que se promueva una mayor capacidad de planeación, gestión y de administración de sus propios intereses, garantizando por parte de la Nación los recursos necesarios para su cumplimiento.

Diversidad. El ordenamiento territorial reconoce las diferencias geográficas, institucionales, económicas, sociales, étnicas y culturales del país, como fundamento de la unidad e identidad nacional, la convivencia pacífica y la dignidad humana”.

De igual manera, se atenderán los objetivos generales de la legislación territorial previstos en su artículo 21, veamos:

“Objetivos generales de la legislación territorial. La ley promoverá una mayor

delegación de funciones y competencias del nivel nacional hacia el orden territorial, la eliminación de duplicidades de competencias entre la administración central y descentralizada y los entes territoriales, el fortalecimiento de las Regiones de Planeación y Gestión y las Regiones Administrativas y de Planificación, el fortalecimiento del departamento como nivel intermedio de gobierno, el fortalecimiento del municipio como entidad fundamental de la división político-administrativa del Estado, la acción conjunta y articulada de los diferentes niveles de gobierno a través de alianzas, asociaciones y convenios de delegación, el diseño de modalidades regionales de administración para el desarrollo de proyectos especiales y el incremento de la productividad y la modernización de la Administración municipal”.

En este sentido y de conformidad con lo establecido en el Régimen de Distritos Especiales, los distritos son “entidades territoriales organizadas de conformidad con lo previsto en la Constitución Política, que se encuentran sujetos a un régimen especial, en virtud del cual sus órganos y autoridades gozan de facultades especiales diferentes a las contempladas dentro del régimen ordinario aplicable a los demás municipios del país, así como del que rige para las otras entidades territoriales establecidas dentro de la estructura político-administrativa del Estado colombiano”.

Así y para el ejercicio de la normativa, se ha dotado a los municipios de las herramientas jurídicas para la creación de dichos distritos, las cuales se encuentran plasmadas en el artículo 8° de la Ley 1617 de 2013, sobre las cuales hacemos su correspondiente análisis:

CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS

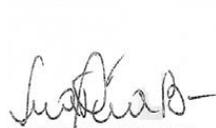
Artículo 8° de la Ley 1617 de 2013, numeral 1: “Que cuente por lo menos con seiscientos mil (600.000) habitantes, según certificación del Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE) o que se encuentren ubicados en zonas costeras, tengan potencial para el desarrollo de puertos o para el turismo y la cultura, sea municipio capital de departamento o fronterizo”.	Se estima que la refinería de Barrancabermeja se trata de la más importante del país, conforme reconoce la Agencia Nacional de Hidrocarburos. A su turno se prevé que el terminal portuario de Barrancabermeja pueda mover más de 1.5 millones de toneladas de carga seca y aproximadamente 3 millones de toneladas de carga líquida ¹ . De esta manera los productos generados por la refinería, así como los productos agroindustriales de la región, podrán ser trasladados vía fluvial a puertos del caribe colombiano. Finalmente la ciudad de Barrancabermeja y sus alrededores tienen el potencial de convertirse en destino turístico, bien rescatando su patrimonio arquitectónico, promocionando la gastronomía, realizando eventos artísticos e incentivando la visita a las ciénagas y el río Magdalena, así como por su cercanía a la represa de Hidrosogamoso.	CUMPLE
Artículo 8° de la Ley 1617 de 2013, numeral 3: “Concepto previo y favorable de los concejos municipales”.	El Concejo Municipal de Barrancabermeja a través del Acuerdo número 010 de 29 de octubre de 2016, expide Concepto Previo y Favorable para la creación del Municipio de Barrancabermeja, como Distrito Petroquímico, Portuario y Turístico, sancionado por el Alcalde Municipal de Barrancabermeja el 1° de noviembre de 2016.	CUMPLE

¹ <http://santandercompetitivo.org/proyectos-11-m/58-puerto-internacional-de-barrancabermeja.htm>

Por estas razones, y tomando en cuenta que el objeto de este proyecto concepto es analizar tan solo la conveniencia de transformación en Distrito del Municipio de Barrancabermeja, se estima que se CUMPLE con todos los requisitos para el análisis legislativo.

3. PROPOSICIÓN FINAL

De conformidad con lo anteriormente expuesto, esta Subcomisión de Estudio, emite el presente proyecto de concepto previo y favorable al Proyecto de ley número 54 de 2017 Senado sobre la conveniencia de crear el Distrito Petroquímico, Portuario y Turístico al Municipio de Barrancabermeja, Santander, para la consideración de la Comisión Especial de Seguimiento al Proceso de Descentralización y Ordenamiento Territorial Cámara de Representantes.


LINA MARÍA BARRERA RUEDA
Representante a la Cámara
Subcomisión Proyecto Concepto


CIRO ANTONIO RODRÍGUEZ PINZÓN
Representante a la Cámara
Subcomisión Proyecto Concepto

1000/

Bogotá,

Doctora

ESMERALDA SARRIA VILLA

Secretaria

Comisión Especial de Seguimiento al Proceso de Descentralización y Ordenamiento Territorial
Cámara de Representantes

Primer piso - Edificio Nuevo del Congreso

Bogotá, D. C.

Asunto: Diferendos limítrofes, Departamento de Norte de Santander y Cesar.

Radicado 8002017ER17371 del 06/10/2017

Respetada doctora Esmeralda:

En atención a su oficio, radicado del asunto, frente a la proposición aditiva al número 002-2017rae permito dar alcance a mi Comunicación número 2017EE13868 del día 19-10-2017, para anexar cuatro CD, correspondientes a los expedientes e informes técnicos de los diferendos limítrofes territoriales departamentales así:

- Santander - Norte de Santander
- Antioquia - Córdoba
- Atlántico - Bolívar
- Cesar - Norte de Santander

Cualquier información adicional estamos a disposición de su Despacho.

Cordial saludo,


JUAN ANTONIO NIETO ESCALANTE
Director General

Anexo: cuatro (4) CD

Radicado: 8002017ER17371 del 06/10/2017

Los predios identificados en el acta del 10 de noviembre de 2011, se encuentran cancelados en el Departamento de Norte de Santander e inscritos en el Departamento del Cesar.

Anexo igualmente me permito remitir de acuerdo a la proposición los expedientes e informes técnicos en CD, correspondientes a los diferendos limítrofes territoriales departamentales así:

- Boyacá - Santander
- Cesar-La Guajira
- Cauca -Huila
- Meta - Caquetá - Guaviare
- Bogotá - La Calera
- Boyacá - Norte de Santander
- Boyacá - Cundinamarca
- Antioquia - Chocó
- Boyacá - Casanare
- Nariño - Putumayo

Cualquier información adicional estamos a disposición de su Despacho.

Cordial saludo,


JUAN ANTONIO NIETO ESCALANTE
Director General

Anexo: 15 (Quince) Folios. Dos (2) Planos y 10 (diez) CD

Radicado: 8002017ER17371 del 06/10/2017

ARCHIVOS

ARCHIVO AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 113 DE 2013 SENADO, 207 DE 2012 CÁMARA

por medio de la cual se crea el Fondo de Fomento Parafiscal Fiquero, se establecen normas para el recaudo y administración de la cuota de Fomento Fiquero y se dictan otras disposiciones.

Bogotá, D. C., noviembre 1° de 2017

Doctor

JORGE HUBERTO MANTILLA
SERRANO

Secretario General

Cámara de Representantes

Referencia: Solicitud archivo Proyecto de ley número 113 de 2013 Senado, 207 de 2012 de Cámara, por medio de la cual se crea el Fondo de Fomento Parafiscal Fiquero, se establecen normas para el recaudo y administración de la cuota de Fomento Fiquero y se dictan otras disposiciones.

La presente es para solicitar el archive del **Proyecto de ley número 113 de 2013 Senado, 207 de 2012 de Cámara**, dado que las condiciones no favorecen su continuación para convertirse en Ley de la República.

Teniendo en consideración las objeciones del Ejecutivo al Proyecto de ley, las cuales categorizaron de inconstitucional el numeral **2 del artículo 18. Recursos del Fondo de Fomento Parafiscal Fiquero** “2. Los que la (DIAN) Haya recaudado, recaude o llegue a recaudar con ocasión de la disposición contenida en el artículo 108 de la Ley 9ª de 1983, desde el 15 de junio de 1983, que no hayan sido entregados previamente en los términos de la ley”, y por otra parte, invocaron el principio de seguridad jurídica al considerar que se revivía un contenido derogado **en el artículo 20. Vigencia y Derogatorios** “La presente ley rige a partir de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias. Dejando vigente el contenido del artículo 108 de la Ley 9ª de 1983”. Publicadas en la *Gaceta del Congreso* número 384 de 2014. Motivo por el cual se hizo necesaria la perspectiva de la Corte Constitucional.

De la misma manera, **la Sentencia C-633** de noviembre 16 de 2016 de la Corte Constitucional declaró la inexecutable del numeral 2 el artículo 18 y de la expresión “dejando vigente el contenido del artículo 108 de la Ley 9ª de 1983” del artículo 20. Además, encontró un vicio insubsanable en la Cámara de Representantes que afectó el principio de razonabilidad, al pretermitir el anuncio.

Previo para la discusión y votación en una sesión futura del informe de objeciones al proyecto de ley.

Sin embargo, la Corte Constitucional solicitó se rehiciera e integrará el texto del Proyecto de ley 2017 de 2012 Cámara, 113 de 2013 Senado, puesto que tiene una especial relevancia para esos sectores de la población nacional.

Posteriormente, se hizo solicitud de concepto a la Unidad de Asistencia Técnica Legislativa del Congreso de la República, el cual asintió a lo ordenado por la Corte Constitucional y dio sus apreciaciones técnicas respecto al proyecto de ley.

No obstante, luego de reuniones entre la Federación Nacional de Cultivadores, Artesanos y Procesadores del Fique (Fenalfique), y los ponentes del proyecto, honorable Representantes Nancy Denise Castillo y Carlos Julio Bonilla Soto; considerando que la eliminación del **numeral 2 del artículo 18**, afecta en esencia los pilares del proyecto inicial, hemos concluido con que es necesario archivar el Proyecto tal como se encuentra estipulado.

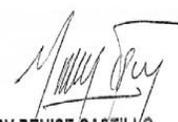
La razón principal se deriva de la especial importancia del **numeral 2 del artículo 18** del Proyecto de ley, puesto que la recaudación de estos recursos y su posterior destinación al Fondo de Fomento Fiquero, son el motor mismo de la iniciativa, y que dadas las disertaciones jurídicas e interpretativas del artículo 108 de la Ley 9ª de 1983 que impiden un consenso para seguir su proceso, se ha tomado esta determinación, con la idea y motivación de construir, de manera participativa con los sectores involucrados, un nuevo proyecto a futuro.

Anexos:

- Análisis Legislativo del Proyecto de ley número 113 de 2013 Senado, 207 de 2012 Cámara de la Unidad Técnica Legislativa del Congreso de la República.
- Oficio de Fenalfique solicitando archivo del Proyecto de ley.

Cordialmente,


CARLOS JULIO BONILLA
Representante a la Cámara
Departamento del Cauca
Ponente


NANCY DENISE CASTILLO
Representante a la Cámara
Departamento del Valle del Cauca
Ponente

**Federación Nacional de Cultivadores,
Artesanos y Procesadores del Fique (Fenalfique)**

Señores

Representantes

Carlos Julio Bonilla Soto y Nancy Denise
Castillo García

Senadores:

Bernabé Celis Carrillo e Iván Duque Márquez

Referencia: Proyecto de ley número 207 de 2012 Cámara, 113 de 2013 Senado, por medio de la cual se crea el fondo de fomento parafiscal fiquero, se establecen normas para el recaudo y administración de la cuota de fomento fiquero y se dictan otras disposiciones.

Respetados doctores:

De la manera más respetuosa nos dirigimos a ustedes con el ánimo de solicitarles archivar el proyecto de ley de la referencia teniendo en cuenta que:

1. Desde la iniciativa presentada por el Ministerio de Agricultura, hasta el envío del proyecto a sanción presidencial siempre se tuvo claro que el mismo se había realizado, por una conciliación entre el gremio y el Ministerio de Agricultura en aras de rescatar los dineros que por expresa disposición legal le pertenecían al sector fiquero, como la retribución a la afectación que el sector ha sufrido con la utilización de polipropileno y fibras sintéticas, la cual han afectado significativamente su calidad de vida, la cual depende de la utilización efectiva del fique.
2. Como es de su conocimiento los recursos que se pretendían direccionar al proyecto, y con ellos se procuraba ayudar al campesinado fiquero colombiano, traducidos en la búsqueda de programas y proyectos de inversión social e infraestructura física complementaria en las zonas fiqueras, como vivienda, acueductos, electrificación, mejoramiento de las condiciones de salubridad, seguridad alimentaria y de carácter industria, así como en relación con la educación rural para lo cual es necesario la inversión social por parte del Estado la cual comprende, no solamente las apropiaciones destinadas a solucionar las necesidades básicas insatisfechas en los campos específicos de la salud, la educación, el saneamiento ambiental, el agua potable, y la vivienda, sino también las apropiaciones para bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población, lo cual sería mucho más fácil de llevar acabo con estos recursos.
3. Que desde el conocimiento que tuvieron del proyecto del Fondo de Fomento Parafiscal Fiquero, se tuvo plena certeza que sin la disposición afecta “artículos 18-2 y 20 del proyecto de ley” el proyecto no servía de nada al sector, que por el contrario se convertía en una carga que lejos de ayudar a mejorar su bienestar general y al mejoramiento de la calidad de vida de la población, finalidades sociales reconocidas por la Constitución Política (artículo 366) y el Decreto número 111 de 1996, empobrece sus ingresos y afecta la tan anhelada y reiterada calidad de vida que es la esencia fundamental del proyecto.
4. Que con esta gestión legislativa se pretendía mejorar la calidad de vida de los productores de fique, sus familias y demás población relacionada directa e indirectamente por el sector Fiquero, pues la nueva inversión de recursos se haría en investigación y transferencia de tecnología, asesoría y asistencia técnica; adecuación de la producción y control sanitario; organización y desarrollo de la comercialización; fomento de las exportaciones y promoción del consumo así como también, el apoyo a la regulación de la oferta y la demanda para proteger a los productores contra oscilaciones anormales de los precios y procurarles un ingreso remunerativo y la ejecución de programas económicos, sociales y de infraestructura para beneficio del subsector respectivo, y con lo sucedido el efecto será totalmente adverso al sector.
5. Que teniendo en cuenta la “*ratio decidendi*” en la Sentencia C-633 de 2016, es claro que los artículos 18-2 y 20 del proyecto de ley contentivos de estos recursos, se declararon exequible por un error insubsanable cometido en la Plenaria de la Cámara de Representantes, y no por las objeciones del ejecutivo, como se puede verificar en dicha sentencia cuando en algunas de sus consideraciones dice:
 - 4.4.4.2. *Con sujeción a los criterios expuestos, la Corte concluye que, en esta oportunidad, el vicio de procedimiento en que se incurrió por la plenaria de la Cámara de Representantes al pretermitir el anuncio previo para la discusión y votación en una sesión futura del informe de objeciones al Proyecto de ley número 207 de 2012 Cámara, 113 de 2013 Senado, como lo exige el inciso 5 del artículo 160 del Texto Superior¹,*

¹ Sobre el particular, la norma en cita dispone que “Ningún proyecto de ley será sometido a votación en sesión diferente a aquella que previamente se haya anunciado. El aviso de que un proyecto será sometido a votación lo dará la presidencia de cada cámara o comisión en sesión distinta a aquella en la cual se realizará la votación”.

constituye una irregularidad de carácter insubsanable, por las razones que a continuación se exponen:

(...)

En el presente caso, no cabe duda de que jamás se surtió el anuncio previo del informe de objeciones en la Plenaria de la Cámara de Representantes, circunstancia que impide subsanar su ocurrencia, ya que lejos de tratarse de un mero problema de forma, lo que en realidad está en juego es la verificación de un acto inexistente, cuyo olvido desconoce los fines sustanciales de publicidad, información y transparencia del debate parlamentario que, al amparo del principio democrático, le otorgan valor a dicha exigencia procedimental, en los términos en que se ha reiterado en esta providencia:

(...)

Así las cosas, en la medida en que la pretermisión del anuncio previo ocurrió en la plenaria de la Cámara de Representantes, al momento de retrotraer la actuación a segundo debate, es claro que respecto de los textos objetados y solo de ellos, se presentó el vicio de procedimiento que tiene la condición de ser insubsanable, por cuanto no se formó adecuadamente la voluntad política en la cámara en donde por mandato constitucional ha de iniciarse el trámite de aprobación de las leyes relativas a tributos, en los términos previstos en el artículo 154 del Texto Superior.

(...)

4.4.4.3. En virtud de lo anterior, se considera que el vicio detectado frente al anuncio previo es insubsanable, con ocasión del respeto (i) al principio de razonabilidad, (ii) a la regla que dispone que debe formarse adecuadamente la voluntad política en la cámara donde por mandato constitucional ha de iniciarse el trámite del proyecto de ley, y (iii) a la garantía de los derechos de las minorías en el debate parlamentario, en los términos previamente expuestos.

4.4.4.4. En este orden de ideas, en el asunto sub iudice, al estar en presencia de un vicio de procedimiento insubsanable, que impacta de manera exclusiva los textos objetados, se procederá a declarar la inexecutable del numeral 2 del artículo 18 y de la siguiente expresión del artículo 20: “Dejando vigente el contenido del artículo 108 de la Ley 9ª de 1983”, previstos en el Proyecto de ley número 207 de 2012 Cámara, 113 de 2013 Senado, “por medio de la cual se crea el Fondo de Fomento Parafiscal Fiquero, se establecen normas para el recaudo y administración de la cuota de fomento fiquero y se dictan otras disposiciones”. No cabe extender esta decisión al resto de la iniciativa por tres razones. En primer lugar, porque la formulación de la objeción únicamente implica la devolución a segundo debate de los textos objetados, excluyendo cualquier pronunciamiento sobre el resto de la iniciativa. En segundo lugar, porque

el principio de conservación del derecho, deja a salvo las disposiciones sobre las cuales no se formuló oposición alguna, en virtud del respeto al principio democrático. Y, finalmente, porque el principio in dubio pro legislatore, busca resguardar la decisión mayoritaria adoptada por el Congreso, lo cual se refleja en preservar las normas frente a las cuales no existió ningún reparo.

6. Que teniendo en cuenta, que la razón para haber llegado a la honorable Corte Constitucional, en realidad fueron las objeciones presentadas por el ejecutivo contra los artículos 18-2 y 20 del proyecto de ley, contentivos de estos recursos, artículos los cuales se declararon inexequibles por un error insubsanable cometido en la plenaria de la Cámara de Representantes, se hace necesario resaltar que:

a) Nunca le ha asistido razón válida al ejecutivo en cuanto a sus objeciones como siempre se argumentó por el sector en los distintos debates, sustentos que de una forma u otra en la Sentencia C-633 de 2016, fueron acogidos por la vista fiscal cuando en ella dice:

Inicialmente, la Vista Fiscal sostiene que existen dos razones por las cuales, el argumento relacionado con la derogatoria del artículo 108 de la Ley 9ª de 1983 no está llamado a prosperar. La primera, porque se trata de un asunto que no involucra una discusión de raigambre superior, como se infiere del hecho de “que el Gobierno no señala la norma constitucional que se viola por esta razón”. Y la segunda, porque se trata de una disposición que se encuentra vigente, al regular un supuesto normativo especial, como lo es el referente a los recursos de sostenibilidad del Fondo de Fomento Fiquero, que en nada afecta (como no ha afectado hasta la fecha), la procedencia y aplicación del Impuesto al Valor Agregado. De ser procedente el argumento propuesto por el Gobierno, “se llegaría al absurdo de tener que afirmar que la creación del IVA derogó toda, la normatividad de impuestos y cargas tributarias anteriores, lo que no solo es falso o equivocado, sino que es, además”, una incoherencia-jurídica.

En segundo lugar, las disposiciones objetadas no corresponden a una ley interpretativa, en los términos del artículo 150, numeral 1, del Texto Superior. En efecto, ni el artículo 108 de la Ley 9ª de 1983, ni el numeral 2 del artículo 18 del proyecto de ley objetado, corresponden a normas oscuras que exijan de, una labor hermenéutica para fijar su sentido normativo. Por el contrario, “se trata de dos mandatos: uno que establece la destinación de unos recursos y otro que ordena la entrega de esos recursos al Fondo de Fomento Parafiscal Fiquero”, cuya redacción es muy clara y frente a la cual resultan improcedentes los argumentos expuestos por el Gobierno nacional.

Finalmente, los recursos cuya destinación se dispone en el proyecto ley no afectan la prohibición consagrada en el artículo 359 del Texto Superior. Con tal fin, se afirma que las sumas que allí se consagran son invertidas en un subsector agropecuario que pretende mejorar las condiciones de vida de los productores, la de sus familias y demás población relacionada, directa o indirectamente, con el sector fiquero: En este orden de ideas, dichos recursos se emplean para inversión social, como una de las excepciones que habilitan la destinación específica de rentas nacionales, pensando en el bienestar de los habitantes de las zonas fiqueras, pues a través de ellos se impulsan medidas de investigación, comercialización y desarrollo del producto, a la vez que se logra la nivelación de las cargas que en materia de competencia existen entre las grandes empresas que manufacturan empaques sintéticos y los pequeños campesinos productores de empaques de fique.

b) No obstante lo dicho en la Sentencia C-633 de 2016, por el Procurador General de la Nación, en ejercicio de las competencias previstas en el artículo 278.5 de la Constitución y en el artículo 32 del Decreto número 2067 de 1991, basta con revisar las notas de vigencia de la Ley 9ª de 1983, para darse cuenta que esta se encuentra vigente, y que si bien ha sufrido modificaciones, no ha sido derogada de manera alguna, como se puede verificar en la publicación de las notas de vigencia de dicha norma de la que se realiza una transcripción obtenidas en el enlace:

https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/ley_0009_1983.htm

LEY 9ª DE 1983

(junio 15)

Diario Oficial número 36.274 de 15 de junio de 1983

EL CONGRESO DE COLOMBIA

COMIENZA EL ORDEN EN LAS FINANZAS PÚBLICAS.

Por la cual se expiden normas fiscales relacionadas con los impuestos de renta complementarios, aduanas, ventas y timbre nacional, se fijan unas tarifas y se dictan otras disposiciones.

Resumen de Notas de Vigencia

NOTAS DE VIGENCIA: 3

5. *Modificada por el Decreto número 2686 de 1988, 'por el cual se establecen normas tendientes, a desligar la determinación del impuesto sobre la renta de los efectos de la inflación', publicada en el **Diario Oficial** número 38.628 de 26 de Diciembre de 1988.*
4. *Modificada por el Decreto 2540 de 1987, "por el cual se reajustan los valores absolutos expresados en moneda nacional en las normas relativas a los impuestos sobre*

*la renta y complementarios y sobre las ventas para el año gravable de 1988 y se dictan otras disposiciones", publicado en el **Diario Oficial** número 38.169 de 30 de diciembre de 1987.*

3. *Modificada por el Decreto número 2503 de 1987, "por el cual se dictan normas para el efectivo control, recaudo, cobro, determinación y discusión de los impuestos que administra la Dirección General de Impuestos Nacionales", publicado en el **Diario Oficial** número 38.168 de 30 de diciembre de 1987.*
 2. *Modificada por la Ley 75 de 1986, "por la cual se expiden normas en materia tributaria de catastro, de fortalecimiento y democratización del mercado de capitales, se conceden unas facultades extraordinarias y se dictan otras disposiciones", publicada en el **Diario Oficial** número. 37.742 de 24 de diciembre de 1986.*
 1. *Modificada por la Ley 7ª de 1986, "por la cual se autorizan unas operaciones de endeudamiento interno y externo, se reviste de facultades extraordinarias al Presidente de la República y se dictan otras disposiciones", publicada en el **Diario Oficial** número 37.304 de 10 de enero de 1986.*
- c) Otro hecho a destacar es que el Decreto número 3541 de 1983 se dio por la delegación que el legislativo realizó al Presidente de la República en el artículo 53 de la misma Ley 9ª de 1983, en el cual de manera clara expresa y concisa, le determinó que le delegaba y en ninguna parte de la norma lo faculta para dictar leyes marco ni decretar impuestos, cambiando el espíritu de la norma, ni mucho menos para sobrepasar sus límites creando otro impuesto, es claro que con anterioridad a la expedición del Decreto número 3541 de 1983, ya existían toda la normatividad concerniente de impuestos y cargas tributarias, y para que se diera una derogación el Congreso debería haberlo facultado para tal circunstancia, hecho que no está en el artículo 53 de la Ley 9ª de 1983, por lo que pretender decir que el Decreto número 3541 de 1983, deroga la Ley 9ª de 1983, o parte de esta, retomado lo dicho por el Procurador General de la Nación, "no solo es falso o equivocado, sino que es, además", una incoherencia jurídica", pues con solo leer el artículo 53 de la Ley 9ª de 1983, y el encabezado del Decreto número 3541 de 1983, es suficiente para verificar lo dicho:

“TITULO II.**IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS**

(...)

ARTÍCULO 53. *De conformidad con el ordinal 12 del artículo 76 de la Constitución Nacional, revístese al Presidente de la República de facultades extraordinarias contadas estas desde la fecha de la sanción de la presente ley y hasta el 31 de diciembre de 1983, para dictar las normas que permitan actualizar y armonizar el impuesto sobre las ventas con la situación económica del país.*

En ejercicio de las facultades extraordinarias a que se refiere este artículo, el Presidente de la República podrá:

- a) *Establecer tarifas diferenciales según la clase de bienes y servicios, sin que en caso alguno dichas tarifas sean inferiores al seis por ciento (6%) ni excedan del treinta y cinco por ciento (35%).*
- b) *Ampliar la base tributaria, e involucrar, si lo juzgan necesario, nuevos responsables del impuesto, y dictar normas que sean necesarias para el efectivo control, recaudo y determinación del tributo.*

En desarrollo de las facultades previstas en este artículo, el Gobierno no podrá gravar con el impuesto los bienes exentos, ni someter; a una tarifa superior, los bienes derivados del petróleo que actualmente están gravados con una tarifa del cuatro por ciento (4%),

c) Exoneren del impuesto aquellos bienes y servicios que considere convenientes”.

DECRETO 3541 DE 1983 (diciembre 29)

Diario Oficial número 36.452, del 18 de enero de 1984

MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO

Por el cual se introducen modificaciones al régimen del impuesto sobre las ventas.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,

en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confiere el artículo 53 de la Ley 9ª de 1983,

DECRETA:

DEL IMPUESTO A LAS VENTAS

Al respecto la Honorable Corte Constitucional en la **“Ratio decidendi”**, en un caso semejante al aludido por el Ejecutivo, en las objeciones al Proyecto de ley número 207 de 2012 Cámara, 113 de 2013 Senado, “por medio de la cual se crea el Fondo de Fomento Parafiscal Fiquero, dijo:

“Sentencia C/979 de 2002

FACULTADES EXTRAORDINARIAS-
Concesión

FUNCIÓN LEGISLATIVA-Traslado temporal

FACULTADES EXTRAORDINARIAS-
Condiciones para concesión

La concesión de facultades extraordinarias está sujeta por parte del legislador ordinario al cumplimiento de los presupuestos y exigencias contemplados en dicho canon constitucional, los cuales se pueden desglosar así: a) Las facultades deben ser temporales y no pueden exceder de seis (6) meses; b) los asuntos que deberá regular el Presidente deben ser señalados por el Congreso en forma clara, precisa y determinada; c) solamente se pueden otorgar cuando la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje; d) deben ser solicitadas por el Gobierno de manera expresa; e) deben ser aprobadas por la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara legislativa; f) no se pueden conferir para expedir códigos; leyes estatutarias, leyes orgánicas así como tampoco para dictar leyes marco ni decretar impuestos:

DECRETO LEY Y LEY ORDINARIA-
Jerarquía normativa igual/**DECRETO LEY-**
Derogación, modificación o adición de leyes ordinarias

El Presidente de la República es competente para ejercer, por vía de la delegación, la referida función legislativa a través de la expedición de decretos con fuerza de ley, es decir, disposiciones que ostentan la misma jerarquía normativa que aquellas que expide el legislador ordinario. Por consiguiente, al Presidente en ejercicio de tales funciones le está permitido derogar, modificar o adicionar leyes expedidas por el Congreso, siempre y cuando, claro está, se respeten las directrices y límites temporales y materiales trazados en la ley habilitante así como los demás requisitos constitucionales.

FACULTADES EXTRAORDINARIAS-
Regulación de materias propias del legislador ordinario

FACULTADES EXTRAORDINARIAS-
Derogación, modificación o adición de leyes ordinarias

FACULTADES EXTRAORDINARIAS-
Materias no objeto de reserva legal

SISTEMA DE SALUD DE FUERZAS MILITARES Y POLICÍA NACIONAL-No reserva legal para regulación de estructura

FACULTADES EXTRAORDINARIAS EN SISTEMA DE SALUD DE FUERZAS MILITARES Y POLICÍA NACIONAL-Regulación de estructura

RÉGIMEN PRESTACIONAL DE FUERZAS MILITARES Y POLICÍA NACIONAL-Regulación por leyes ordinarias o decretos leyes

SISTEMA DE SALUD DE FUERZAS MILITARES Y POLICÍA NACIONAL-Regulación por leyes ordinarias o decretos leyes

LEY HABILITANTE EN FACULTADES EXTRAORDINARIAS-Precisión para derogar, modificar o adicionar leyes ordinarias

FACULTADES EXTRAORDINARIAS-Descripción clara y precisa de asuntos por ley habilitante

LEY HABILITANTE EN FACULTADES EXTRAORDINARIAS-Determinación explícita y puntual de legislación a modificar

LEY HABILITANTE EN FACULTADES EXTRAORDINARIAS-Determinación expresa de facultad para derogar, modificar o adicionar legislación ordinaria

INHIBICIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN FACULTADES EXTRAORDINARIAS-Actor tiene la carga de señalar normas del decreto que deroga, modifica o adiciona legislación ordinaria

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD DE FACULTADES EXTRAORDINARIAS-Explicación de normas que resultan derogadas, modificadas o adicionadas

DECRETO LEY Y DECRETO REGLAMENTARIO-Distinción

Debe la Corte aclarar la diferencia existente entre los decretos con fuerza de ley y los decretos reglamentarios, siendo los primeros expedidos con fundamento en una ley de facultades extraordinarias otorgadas por el legislador ordinario, a instancias del artículo 150-10 de la Constitución, mientras que los segundos son aquellos por medio de los cuales el Ejecutivo ejerce la potestad reglamentaria de las leyes para su cumplida ejecución, facultad esta que le confiere el artículo 189, numeral 11. Estos últimos, claro está, carecen de fuerza de ley, siendo meros actos administrativos sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa.

(...)

Justamente, en Sentencia C-1493/00 la Corte declaró la inexecutable de la expresión “y se dictan otras disposiciones” contenida en el artículo 1° de la Ley 578 de 2000, así como de las expresiones “entre otros los siguientes decretos” e “y las demás normas relacionadas con la materia” contenidas en el artículo 2° ibídem, por adolecer de imprecisión las materias que debían ser reguladas por el legislador extraordinario. En relación con la primera expresión, la Corporación manifestó que:

“(N)o le queda otro camino a la Corte que excluirla del ordenamiento positivo por carecer de la claridad y precisión que se exige en la descripción de las materias o asuntos que deben ser regulados por el Gobierno. Es evidente que dicha frase es ambigua, lo cual crea confusión e inseguridad en la interpretación de las distintas

tareas que compete ejercer al Presidente de la República, violando así lo dispuesto en el artículo 150-10 de la Carta. La inclusión de expresiones como la acusada en la ley de investidura conducen necesariamente, a que el legislador extraordinario incurra en una posible omisión o extralimitación en el ejercicio de las atribuciones conferidas, lo que incide negativamente en los ordenamientos que con fundamento en ellas se expida, puesto que estos pueden ser declarados inconstitucionales con las consecuencias que de tal hecho se derivan.

“Pero aún si en gracia de discusión se aceptara que lo que quiso señalar el legislador era que el Presidente podía dictar otras disposiciones, dicha interpretación también sería inconstitucional por el mismo motivo, esto es, por falta de precisión de las facultades (artículo 150-10 C. P.), pues es deber del legislador ordinario concretar las materias para las cuales se conceden atribuciones”.

Y respecto de las otras expresiones mencionadas, la Corte puntualizó:

*“La finalidad del requisito de precisión en la descripción de las materias o asuntos materia de facultades es evitar posibles abusos o excesos en su ejercicio y, por ende, crear inseguridad jurídica, pues si el Congreso no fija límites al concederlas estas pueden ser utilizadas en forma arbitraria y desbordada, lo que como ya se ha anotado, repercute dañinamente en las normas así adoptadas. Las expresiones “entre otros” y “y las demás normas relacionadas con la materia” serán declaradas inconstitucionales por cuanto convierten las atribuciones dadas en vagas e imprecisas, lesionando de esta manera el artículo 150-10 de la Carta. **Los decretos que el Presidente de la República podía modificar, adicionar o derogar, de conformidad con el artículo 2° acusado, no son otros que los expresamente enumerados en tal disposición. No se olvide que en este campo no se admiten las facultades implícitas**”.* (Subrayado fuera del texto).

De lo anterior se colige que la facultad para derogar, modificar o adicionar la Ley 352 de 1997 requería expresa determinación por parte del legislador ordinario, pero tal manifestación está ausente en la Ley 578 de 2000. Así pues, es claro que el Presidente, al expedir el Decreto número 1795 de 2000, excedió las facultades extraordinarias concedidas por el Congreso, **pero solo en lo atinente a aquellas disposiciones que deroguen, modifiquen o adicionen la Ley 352 de 1997**, en la medida en que no estaba autorizado explícitamente para ello en la ley habilitante”.

7. Al cambiar el régimen del IVA a partir del 1° de abril de 1984, no se puede afirmar que le quita piso jurídico al Fondo de Fomento Fiquero, puesto que la diferencia de pasar de un impuesto monofásico a gravar las diferentes fases de los ciclos de producción y distribución, el hecho generador sí que el

mismo e igualmente los demás elementos de la obligación tributaria sustancial.

8. Pero como si lo expuesto fuera poco, el artículo 108 Ley 9ª de 1983, fue reglamentado mediante el Decreto número 3107 de 1985 (octubre 25) el cual a su vez fue modificado por el Decreto número 988 de 1987 (junio 2), de lo cual es claro y concluyente decir que el artículo 108 Ley 9ª de 1983, está vigente, puesto que si se hubiera derogado por el Decreto número 3541 de 1983, esto no se hubiera podido hacer puesto que dichos decretos fueron expedidos con posterioridad por el Presidente de la República de Colombia, doctor **Belisario Betancur**, mismo representante del Ejecutivo que expidió el Decreto número 3541 de 1983, y no se pudo predicar que desconocía el decreto en mención.
9. Con base en lo expuesto sería bueno que se revisara lo dispuesto en el Decreto número 3541 de 1983.

10. Ahora bien, si están cierto que la disposición objeto de las objeciones presidenciales al artículo 108 de la Ley 9ª de 1983, se encuentra derogada desde la expedición del Decreto número 3541 de 1983, como explica el Ejecutivo y el Ministerio de Hacienda que hasta el día de hoy se esté haciendo el recaudando establecido en el artículo 108 de la Ley 9ª de 1983 a personas que pertenecen a Fenalfique, recaudo que ha realizado la DIAN, la cual lo ha reconocido en oficio de fecha mayo 23 de 2011 dirigido al doctor Gustavo Amado López, Secretario General Comisión Quinta Cámara de Representantes, firmado por el Director General Juan Ricardo Ortega, quiere decir que si es para recaudar está vigente el artículo 108 de la Ley 9ª de 1983, pero para entregarlo a su destinatario está derogado.

Por los motivos expuestos reiteramos nuestra solicitud de archivar el Proyecto de ley número 207 de 2012 Cámara, 113 de 2013 Senado, “por medio de la cual se crea el Fondo de Fomento Parafiscal Fiquero, no obstante lo anterior y teniendo en cuenta la necesidad del sector y de las más de 70.000 familias que derivan su sustento de la actividad fiquera, de acuerdo lo expresado, al momento de iniciar el recorrido legislativo de dicho proceso si aún existe el ánimo y espíritu de ayuda al campesinado fiquero colombiano por parte del legislativo en cabeza de ustedes, retomar lo expresado por su parte, de volver a presentar un proyecto que sustituya el presente y se pueda recompensar a tan humildes campesinos que han dedicado su vida al cultivo del fique, lo cual no solo mejoraría sus condiciones de vida; sino que con ello se incentivaría el cultivo de una de las plantas más ecológicas que existe hasta el momento y frenar con su utilización la destrucción que está sufriendo nuestro planeta por el uso de polipropileno y fibras sintéticas.

BENEFICIOS DEL CULTIVO DE FIQUE

BENEFICIO SOCIAL EN RELACIÓN

CON EL POSCONFLICTO

Es de resaltar es que con estos recursos se ayudaría mucho en el proceso del posconflicto que está viviendo el país, máxime si se tiene en cuenta que se estima que la producción de fique en Colombia beneficia a más o menos 70.000 familias; que existen unas 2.000 familias, que tienen microempresas, que se favorecen cerca de 50.000 empleos derivados de la cabuya o fique.

Los principales departamentos productores de fique se ubican en la región andina del país, son 13 departamentos y se calcula en 72 los municipios productores de fique que generan empleo para más de 70.000 familias y 13.000 artesanos. Sin embargo, los cinco (5) principales departamentos productores Cauca, Nariño, Antioquia, Santander y Boyacá ofrecen el 93.9% de la superficie sembrada.

Hoy en día, de las 70.000 familias que derivaban su sustento del fique solamente quedan aproximadamente unas 50.000, las demás han sido desplazadas hacia otros cultivos especialmente los ilícitos como sucede en el Cauca, Nariño entre otras, como consecuencia de una producción agrícola de baja rentabilidad.

Los fiqueros viven en un entorno social caracterizado por el alto grado de pobreza, la desigualdad y la injusticia han generado un marco de violencia social que lleva al deterioro de las relaciones entre las personas. Hoy en día se calcula que el trabajo conjunto de toda la familia artesanal no alcanza a garantizar un solo salario mínimo como ingreso familiar, los ingresos que obtienen por su trabajo, escasamente logran satisfacer las necesidades alimentarias, quedando otras necesidades como salud, vivienda, educación, servicios públicos y demás sin solucionar.

Por otra parte, al revisar la dinámica de poblaciones humanas rurales, los censos muestran la migración acelerada a las ciudades, en especial de los jóvenes que se desplazan a zonas urbanas, lo que conlleva el desplazamiento de mano de obra para el fique tanto primaria como tejedora de empaques, la cual se ha desplazado hacia otros cultivos lícitos, trabajos urbanos, minería ilegal y hasta cultivos ilícitos, etc.

Los productores de fique en Colombia constituyen un sector que vive bajo la línea de pobreza por lo que la obtención de productos con alto valor agregado a partir de los residuos del beneficio de la planta podría significar una mejora sustantiva en sus condiciones económicas.

En términos generales se requiere de una gran voluntad política e inversión, para mejorar los procesos en la planificación, investigación, capacitación, asistencia técnica, y sobre todo en el torno social y la calidad de vida de las familias

figueras, y que uno de los objetivos principales debe ser la modernización y estabilización del sector, y que permita un mejor aprovechamiento de los subproductos del desfibrado, mediante programas y proyectos de inversión social e infraestructura física complementaria en las zonas figueras, como vivienda, acueductos, electrificación, mejoramiento de las condiciones de salubridad, seguridad alimentaria y de carácter industrial.

La cadena productiva del fique cuenta con cinco (5) eslabones principales a saber primario, artesanal utilitario, artesanal decorativo, industrial y de consumidores.

- A. **El eslabón primario o productivo** lo constituyen entre 50.000 y 70.000 familias (420.000 productores) distribuidas en los diferentes departamentos figueros del país. En este eslabón, se presentan 5.347 empleos directos para el cultivo y beneficio del fique.
- B. **El eslabón artesanal utilitario** está compuesto por aproximadamente 11.080 familias (66.480 productores), en los departamentos de Nariño de 6.000 familias (36.000 productores) y Santander de 5.080 familias (30.480 productores), con un promedio de 6 integrantes/familia. Estas se dedican a la producción de hilo y costales para el empacado de productos agrícolas como los tubérculos y verduras. Fabrican sus costales, en telares rudimentarios de madera y de tracción humana. Elaboran el hilo en máquinas hiladoras individuales, con energía eléctrica o en las antiguas ruecas manuales. Los empleos directos generados por las actividades del eslabón artesanal utilitario se estiman en 60.200 empleos.
- C. **El eslabón artesanal decorativo** está compuesto por grupos familiares, asociativos y Mipymes dedicadas a la elaboración y comercialización de artículos como bolsos, tapetes, etc., en técnicas de crochet, macramé y en telares verticales, para el mercado de la decoración, adorno y vestuario moderno. Hoy en día, no se tiene un estimativo de personas vinculadas a la actividad como tampoco cifras de la producción y comercialización de este eslabón. Al menos en Santander se estiman 1.100 familias en artesanías decorativas, que generan 2.400 empleos directos, principalmente en Curití donde se encuentra ecofibras, que en la actualidad está exportando un 60% de su producción a países como Suiza, Bélgica y Francia con tendencia a aumentar su mercado en Europa y próximamente en Estados Unidos.

- D. **El eslabón industrial** lo constituyen 1.500 operarios, distribuidos en las diferentes empresas transformadoras de fique: Compañía de Empaques S. A., Empaques de Cauca S. A., Coohilados del Fonce Ltda. e Hilanderías de Colombia respectivamente. Estos trabajadores, cuentan con las prestaciones legales de ley y equipos de seguridad industrial. Adicionalmente, se tiene que las tres (3) grandes empresas cuentan con Sistema de Gestión de la Calidad ISO 9001.
- E. **El eslabón de consumidores de fique**, es constituido por aquellas empresas que demandan distintos tipos de materia prima como empaques, felpa de mota de fique, fibra corta para mampostería, entre otros. Como consumidores de empaques cabe mencionar a Fedepapa, Fedearroz, Fenalce y Fedecafé. En la felpa de mota de fique para la industria colchonera, cabe destacar a Spring S. A., Americana de Colchones y Colchones El Dorado.

BENEFICIO AMBIENTAL

Tiene que ver con los recursos naturales, con el agua, con el aire, con los bosques, con los suelos, con los animales. Hoy se habla de desarrollo sostenible, en el sentido de un manejo ambiental que no ponga en peligro la satisfacción de las necesidades de las futuras generaciones por el agotamiento de los recursos naturales.

El fique, su fibra, sus jugos, sus bagazos y su estopa, constituye una variada fuente de ilimitados productos amigables con el medio ambiente, con las necesidades del mercado global y con sus productores.

La cabuya (fique) como planta es por naturaleza un laboratorio de producción de elementos químicos, que si se retornaran al suelo le devolvería los nutrientes que la planta toma de este y se lograría recuperar en buena forma la vegetación natural.

La cabuya (fique) ayuda y recupera la revegetalización de zonas degradadas por la erosión, obras civiles o movimientos de suelo por oleoductos o carreteras. Para esta labor se utilizan los biomantos, sábanas tejidas con costales y ruanas, estas cumplen la función de retener la humedad hasta cuatro veces su peso y la va liberando lentamente; permite la germinación de semillas que se le hayan incrustado con anterioridad, dando lugar a la germinación y desarrollo de las plantas; protege el suelo de la energía solar evitando el paso de los rayos ultravioletas; reduce la velocidad de la escorrentía; sostiene las plántulas. Una vez cumplida esa función, la fibra que ha servido para este noble propósito se incorpora al suelo.

Los procesos de revegetalización ayudan al control de la erosión y evitan el aporte de sedimentos a las corrientes hídricas en caso de que sean llevados a los embalses.

BENEFICIO Y AFECTACIONES ECONÓMICAS

El fique en Colombia es conocido en 16 departamentos (Cauca, Nariño, Valle del Cauca, Quindío, Risaralda, Caldas, Chocó, Antioquia, Santander del Sur, Boyacá, Cundinamarca, Santander Norte, Guajira, Huila, Cesar y Caquetá).

Para 1973 se exportaban sacos para África, Venezuela, Argentina y Chile llegando a ubicar en esos mercados cerca de 1.801.000 sacos, mercados que después de la crisis no se han vuelto a recuperar, al punto de presentarse un déficit.

Hasta 1975: Todo marchaba bien hasta cuando empezó la crisis para las industrias: Las empresa que compraban el producto en el país como la Compañía de Empaques de Medellín, Empaques del Cauca de Popayán e Hilanderías de Fonce de Santander, dejaron de comprar por más de un año. Antes de esa fecha se llegó a constatar que para 1973 se presentó un déficit absoluto de 6.1 millones de sacos. Escasez que provocó pautas especulativas de comercialización que elevaron los precios. Aparecieron distribuidoras “piratas” y los costales se ofrecieron con bastante sobreprecio.

Hacia los años de crisis –1980– cuando las Compañías de Empaques comparaban fibra para la producción de costales cafeteros, maiceros y arroceros se tenía una producción de cerca de 50.000.000, de sacos en el tope más alto de todos los tiempos; en su mayoría se iban hacia el exterior, esto debido a la exportación de café que en su máximo de producción llegó a cerca de los 40 millones de sacos.

Con la política de la diversificación del cultivo y a raíz de la caída de los precios del café internacionalmente, las políticas de la tala de los cafetos a millón de pesos por hectárea por parte de la Federación Nacional de Cafeteros, la sobreproducción de café a nivel internacional, la roya del café, la broca, y principalmente la competencia de las fibras sintéticas como el polipropileno y polietileno.

Este descalabro se prolongó hasta 1982 y la producción nacional era de 43.000 toneladas.

Con la creación del Fondo de Fomento Fique, Ley 9ª de 1983 firmada por el señor Presidente Belisario Betancur, que buscaba compensar al sector fiquero por la afectación que la competencia de las fibras sintéticas como el polipropileno y polietileno le causaron (recursos que nunca se han entregado al sector), hace que se disparen aún más las hectáreas sembradas en zonas que antes no existían fique.

Hacia 1991 con la globalización de la economía y el cambio de Constitución Política, le da al modelo las herramientas para la estructuración económica del país, en la cual el Presidente de la República, doctor César Gaviria, con la idea de que “quien no se modernizara desaparecería”, hace que se quiebre más el sector.

Según las estadísticas para 1994 el área sembrada fue de 15.388 hectáreas. Las zonas de mayor área sembrada se ubican en importancia, en los departamentos de Cauca y Nariño con 7.710 y 4.229, Santander y Antioquia con 1.703 y 1.198, y siguen los departamentos Boyacá, Cundinamarca y Tolima con menos de 472 hectáreas, y en otros su producción ha desaparecido.

La producción de sacos para el año 2001 cayó a 12 millones de sacos.

Hoy en día podemos mencionar que la producción está concentrada principalmente en 5 departamentos (Cauca, Nariño Antioquia, Santander y Boyacá), cada uno de ellos con características bien distintas. En algunos casos hasta la tenencia de la tierra es diferente (los Resguardos en el Cauca). El costo de la producción es muy distinto por cuanto los jornales pagados, son extremadamente bajos y en algunos casos no alcanzan al salario mínimo decretado por el gobierno.

Colombia es el principal productor de Fique del mundo por sus condiciones climáticas. Aunque también se produce en otros países de la América Tropical, es Colombia el país que ha adoptado el cultivo de esta fibra y ha promulgado por su incursión en nuevos mercados.

El día de hoy se tiene que los cultivos se han desincentivado hasta el punto que se presenta una crisis y un déficit muy parecido a la que se vivió en el año 1973, por la falta de la entrega de recursos para: *“diversificación de cultivos en las zonas fiqueras del país y mejorar el sistema de comercialización del fique, ... campañas de diversificación de cultivos; programas de investigación y transferencia de tecnología; programas de mejoramiento de las condiciones de salubridad, seguridad industrial y educación, especialmente en beneficio de la población infantil de las zonas fiqueras; programas tendientes a incrementar la demanda de la fibra; financiamiento ..., y programas de fomento para el fortalecimiento de las asociaciones o cooperativas de productores de fique”* entre otras tantas, actividades que se reglamentaron y los recursos se destinaron para el desarrollo de estas por el legislativo mediante el artículo 108 de la Ley 9ª de 1983, y por el Gobierno nacional, mediante el Decreto número 3107 de 1985, modificado por el Decreto número 988 de 1987 (junio 2), mediante los cuales se reglamentó el Fondo de Fomento Fiquero creado por el artículo 108 de la Ley 9ª de 1983, normas cuyo contenido son concordantes con el mandato constitucional contenido en el artículo 65 el cual ordena:

Artículo 65. La producción de alimentos gozará de la especial protección del Estado.

Para tal efecto, se otorgará prioridad al desarrollo integral de las actividades agrícolas, pecuarias, pesqueras, forestales y agroindustriales,

así como también a la construcción de obras de infraestructura física y adecuación de tierras.

A manera de resumen se resalta que:

La población que deriva el sustento de la actividad fiquera, sean productores, artesanales, industriales o comerciantes oscila entre 50.000 a 70.000a; familias ubicadas en regiones de: Nariño, Cauca, Antioquia, La Guajira, Santander, Boyacá, Caldas y Risaralda, entre otros.

La ilusión del proyecto de ley se había fijado en la población objeto de esta actividad en contar con un Fondo de Fomento Fiquero; relativamente robusto, para poder atender una deuda social que el Estado ha mantenido con este sector, para lo cual se cuenta con argumentos y soportes muy importantes como; disposición legislativa en el artículo 108 de la Ley 9ª de 1983, reglamentación por parte del Gobierno nacional, mediante el Decreto número 3107 de 1985, modificado por el Decreto número 988 de 1987 (junio 2), mediante los cuales se reglamentó el Fondo de Fomento Fiquero creado por el artículo 108 de la Ley 9ª de 1983, el pronunciamiento del Concejo de Estado, sobre la viabilidad jurídica de dicho fondo, según Ley 9ª, con su artículo 108, y un pronunciamiento reciente de la vista fiscal sobre el tema.

La coyuntura actual pasa por una crisis de mercado, con las fibras naturales (fique), que por los daños y destrozos de los plásticos y fibras sintéticas, le han abierto a la fibra del fique una puerta muy grande en el mercado, llegando al déficit actualmente de 13.000: toneladas de fibra para atender la demanda del mercado nacional, esto tiene actualmente en riesgo de cierre a la industria nacional por no poder cubrir los compromisos de mercado, especialmente con la Federación Nacional de Cafeteros y los exportadores independientes; esta tendencia es creciente; dejando sin atender las múltiples solicitudes que llegan de varias partes del Mundo, para vender desde fibra hasta producto terminado.

Es clara la importancia de atender y fomentar la actividad fiquera en el país no solo por su potencial ecológico y de usos múltiples sino porque es un cultivo que está situado en áreas de posconflicto, lo que indudablemente ir a ser tema reiterativo en varias zonas del país lo que creemos seguramente será un tanto difícil dar una respuesta a demandas como: Investigación y desarrollo tecnológico; transferencia de tecnología, usos múltiples de la fibra, jugo y bagazo, resultantes del beneficio de la fibra que están sin darle una respuesta favorable.

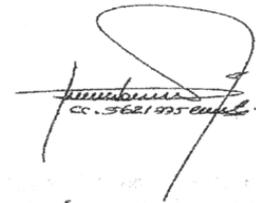
La actividad fiquera del país tiene una gran ventaja especialmente para los productores, por ser un cultivo, que da seguridad al producto, (periodo productivo hasta 30 años) no es un cultivo exigente, produce cuando el productor necesita, es compatible con otros cultivos de corto periodo, actualmente se está pasando de un 5% de aprovechamiento a un 85%, al utilizar

jugos y bagazos en otros productos con alto valor comercial

Los fiqueros del país, organizados en **Fenalfique**, reconocidos por el Gobierno nacional, creemos que **una vez más se ha dejado de lado los intereses del sector y del gremio.**

Agradezco la atención a la presente y en espera de una pronta respuesta, teniendo en cuenta que este informe se dará a conocer en el marco del XVI Encuentro Nacional Fiquero evento que tendrá lugar el próximo 8 y 9 de noviembre en el departamento de Santander en el municipio de Curití, al cual están cordialmente invitados.

Atentamente,



**JOSÉ DELIO PORRAS
PRESIDENTE.
FENALFIQUE.**

ANÁLISIS LEGISLATIVO DEL PROYECTO DE LEY NÚMERO 113 DE 2013 SENADO, 207 DE 2012 CÁMARA, por medio de la cual se crea el Fondo de Fomento Parafiscal Fiquero, se establecen normas para el recaudo y administración de la Cuota de Fomento Fiquero y se dictan otras disposiciones.

La Unidad Coordinadora de Asistencia Técnica Legislativa presenta un Análisis Legislativo a solicitud del honorable Representante Carlos Julio Bonilla Soto, que procura optimizar algunos aspectos formales y sustantivos del proyecto de ley, que fue objeto de Consejo Técnico el 11 de septiembre de 2017, en los términos de la Ley 1147 de 2007.

El proyecto de ley fue objetado por el Gobierno nacional y en virtud de la misma se profirió la Sentencia C-633 de 2016 que declaró inexecutable el numeral 2 del artículo 18 y la siguiente expresión del artículo 20 “Dejando vigente el contenido del artículo 108 de la Ley 9ª de 1983” previstos en el Proyecto de ley número 207 de 2012 Cámara, 113 de 2013 Senado, “por medio de la se crea el Fondo de Fomento Parafiscal Fiquero, se establecen normas para el recaudo y administración de la Cuota de Fomento Fiquero y se dictan otras disposiciones” y “En virtud de lo ordenado por los artículos 167 de la Constitución Política y 33 del Decreto número 2067 de 1991, por intermedio de la Secretaría General de esta Corporación, remítase copia del expediente legislativo y de esta sentencia a la Cámara de origen para que, oído el Ministro del Ramo, se rehaga e integre el texto de la iniciativa, en términos concordantes con el dictamen de la Corte. Una vez cumplido este trámite, el Congreso remitirá a la Corte el proyecto para fallo definitivo”.

ANÁLISIS LEGISLATIVO

PROBLEMA JURÍDICO

El Análisis Legislativo sobre el proyecto de ley que pretende crear “El Fondo de Fomento Parafiscal Fiquero” y se “establecen normas, para el recaudo y administración de la Cuota de Fomento Fiquero y se dictan otras disposiciones”, plantea un problema jurídico, que se orienta a resolver la siguiente cuestión.

¿Es jurídicamente viable utilizar el término “cuota” para establecer la contribución en favor del Fondo de Fomento Parafiscal Fiquero?

Para resolver el interrogante es necesario señalar, en primer lugar, que la Real Academia Española ha definido el término “cuota tributaria” como aquella “*Cantidad de dinero que corresponde pagar a un sujeto pasivo como consecuencia de la aplicación de un tributo*”.

Sin embargo, por técnica jurídica no se puede adoptar el término tal como está definido por la Real Academia Española porque el ordenamiento jurídico colombiano, y en especial, las normas tributarias dan un significado concreto a los términos principales que regulan las cargas impositivas de los ciudadanos, tales como impuesto, multa, tasa o contribución.

En correspondencia con el principio de coherencia, cuando una norma pretenda regular cargas impositivas debe sujetarse estrictamente a la tipología de los tributos establecida en la Constitución Política y las leyes tributarias en aspectos tales como el sujeto activo, el sujeto pasivo, el hecho generador, la tarifa y la base gravable tratándose de impuestos –directos o indirectos– y las condiciones para obligar al pago de una tasa, multa o contribución.

Del texto de la ley propuesta se desprende que lo que pretende el legislador es crear una contribución parafiscal. Sobre este aspecto, uno de los más reconocidos tratadistas del tema, el doctor Restrepo señala que las contribuciones parafiscales son “*pagos que deben hacer los usuarios de ciertos organismos públicos o semipúblicos para asegurar el financiamiento de estas entidades de manera autónoma*”. Asimismo, coloca un buen ejemplo de este tipo de tributo la llamada “*retención cafetera que deben pagar los particulares (exportadores de café) y con el producto de la cual se nutren los recursos del Fondo Nacional del Café*”. (Restrepo, 2008. Hacienda Pública, página 219).

El término “cuota tributaria” no es el acertado para denominar la clase de tributo que se pretende crear a través del proyecto de ley en estudio. Por los siguientes argumentos:

1. La “contribución parafiscal” es un tributo que consultando la capacidad contributiva toma en cuenta elementos de solidaridad para la financiación total o parcial de un sector específico.

2. El hecho gravable de la contribución puede estar o no ligado a la acción del Estado, en este caso no está ligada a la actividad del Estado sino de los particulares, pero conserva la coherencia con la tipología del tributo.

CONTRIBUCIONES PARAFISCALES

Es necesario realizar una breve presentación de las razones que sustentan la afirmación de la Unidad en el sentido que se debe crear una contribución parafiscal. La contribución parafiscal obedece al reparto sectorial de la renta como una de las funciones de la Hacienda Pública y consulta criterios modernos de justicia liberal solidaria, que se orienta a redistribuir los ingresos de sectores de alto crecimiento económico hacia otros de bajo crecimiento, como el caso presente.

Sobre estas contribuciones Pérez Royo² ha escrito:

“Dentro de los tributos que la ciencia de la Hacienda clasificaba entre los basados en el principio de beneficio aparecen, junto a las tasas, las contribuciones especiales. Estas se emplean también para la financiación de las actividades o actuaciones de la administración. Pero se trata, no ya de sufragar gastos corrientes, sino gastos de inversión. Bien sea que esta inversión se materialice en obras públicas o en establecimiento o ampliación de servicios. En ambos casos es posible identificar a los beneficiarios de dichos gastos y repartir entre ellos el coste de la inversión o de parte de ella, puesto que, aunque existan unos sujetos especialmente beneficiados, la inversión aprovecha al conjunto de la colectividad. Los tributos que cumplen este propósito son llamados, en nuestro país, contribuciones especiales”.

VIGENCIA DE LA LEY 9ª DE 1983

Ahora bien, La Unidad considera importante anotar que la disposición contenida en el artículo 108 de la Ley 9ª de 1983 no está vigente por las siguientes razones:

1. El artículo 108 establecía que: “*Los fondos provenientes del gravamen sobre el impuesto a las ventas establecido para sacos de polipropileno y fibras sintéticas producidos en el país o importados se destinarán a la diversificación de cultivos y comercialización en las zonas fiqueras a través de un Fondo de Fomento Fiquero dependiente del Ministerio de Agricultura*”. (Negrita y subrayado fuera del texto original).
2. El “gravamen sobre el impuesto a las ventas” se transformó en el Impuesto al Valor Agregado (IVA) a partir de 1983. No se trató de un simple cambio de denominación del impuesto indirecto, que por demás

² Pérez Royo, Fernando. Derecho Financiero y Tributario. Parte general, Madrid, Civitas, 2001. Página 116.

es altamente regresivo, sino que cambió desde el hecho generador hasta sus tarifas y bases gravables. En este sentido, no es la venta el único hecho generador, sino que en correspondencia con las últimas tendencias del derecho tributario, es el valor agregado el que origina el impuesto. Sobre el tema, Juan Camilo Restrepo señala: “*En Colombia, el impuesto general sobre las ventas creado en 1966 a nivel manufacturero se transformó en un impuesto al valor agregado a partir de 1983*”. (Restrepo, 2008. Hacienda Pública, página 264).

Por rigurosidad técnica de los impuestos, vale la pena transcribir literalmente lo expuesto por el mismo autor sobre el tema:

“La base teórica sobre la cual se fundamenta un impuesto al valor agregado consiste en que se grava el bien en todos los estados del proceso –y en esto difiere de los otros impuestos generales a las ventas–; pero solamente se grava en cada etapa el valor agregado que en ella se incorpora al bien”.

Antes de ser transformado este impuesto en el año 1983, tenía las siguientes características:

“Era un impuesto que se percibía a nivel del productor o del importador, excluía por tanto todo el proceso de comercialización y de producción agropecuaria; por el contrario, el IVA se aplica toda la cadena de producción.

Dentro del esquema anterior existían 7 tarifas que daban una notable dispersión; dentro del esquema que quedó estructurado a partir del Decreto número 3541 se impuso una sola tarifa, actualmente de 16% y existen algunos productos exentos.

Se conservó también una tarifa más alta para los productos suntuarios. El esquema actual del impuesto al valor agregado avanza hacia una mayor neutralidad tributaria al paso con la disminución de dispersión tarifaria. Ha mejorado la elasticidad y el control del impuesto gracias a la base mayor que hoy se aplica y al control mutuo por denuncias (control cruzado) que opera en todo esquema de impuesto al valor agregado; por último, aumenta la eficiencia en los procesos productivos pues evita que se asignen arbitrariamente valores a las diversas fases de la producción y de la comercialización, puesto que todas estas fases están gravadas con una tarifa análoga.

Han quedado exentas del impuesto al valor agregado cerca del 90% de las ventas de productos que constituyen la canasta familiar, y como se ha dicho, se ha conservado para los productos considerados superfluos una tarifa más alta”.

3. En consecuencia, el gravamen del artículo 108 de la Ley 9ª de 1983 desapareció del ordenamiento jurídico y es necesario

crear otro tributo, en este caso, la contribución parafiscal con destinación específica para el “*Fondo de Fomento Parafiscal Fiquero*”.

EL PROYECTO DE LEY Y SU AVAL

Finalmente, es necesario tener presente lo relacionado con el aval para este tipo de leyes. En relación con el aval la “*Guía Básica de la Estructura y Funciones del Congreso de la República de Colombia y el Proceso Legislativo*” realizada por esta Unidad en el mes de enero de 2016, que se puede consultar en el siguiente link: [<http://www.camara.gov.co/sites/default/files/2017-07/Guia%20básica%20Estructura%20y%20Funciones%20del%20Congreso.pdf>] señala:

“La Corte Constitucional en la Sentencia 354 de 2006 consideró en relación a la iniciativa legislativa gubernamental que: “no se circunscribe al acto de la mera presentación del proyecto de ley como en principio pareciera indicarlo el artículo 154 Superior. En realidad, teniendo en cuenta el fundamento de su consagración constitucional, cual es de evitar que se legisle sin el conocimiento y consentimiento del Ejecutivo sobre materias que comprometen aspectos propios de su competencia, dicha atribución debe entenderse como aquella función pública que busca impulsar el proceso de formación de las leyes, no solo a partir de su iniciación sino también en instancias posteriores del trámite parlamentario. Entonces, podría sostenerse, sin lugar a equívocos, que la intervención y coadyuvancia del Gobierno nacional durante la discusión, trámite y aprobación de un proyecto de ley de iniciativa reservada, constituye una manifestación tácita de la voluntad legislativa gubernamental y, desde esa perspectiva, tal proceder se entiende inscrito en la exigencia consagrada en el inciso 2º del artículo 154 de la Constitución Política...”.

El aval posterior del Gobierno subsana la irregularidad inicial si cumple los siguientes requisitos:

- **DEBE ENCONTRARSE PLENAMENTE PROBADO.**
- **SER PRESENTADO POR EL MINISTRO QUIEN HAGA SUS VECES EN LA CÉLULA LEGISLATIVA.**
- **NO PUEDE PROVENIR DE CUALQUIERA DE LOS MINISTROS, SINO DE AQUEL CUYAS FUNCIONES SEAN PERTINENTES CON EL TEMA TRATADO POR LA INICIATIVA LEGISLATIVA.**
- **DEBE PRESENTARSE OPORTUNAMENTE ANTES DE LA APROBACIÓN EN LAS PLENARIAS.**

Para probar el aval, a falta de prueba escrita se acepta la mención que al respecto se haya hecho en las ponencias respectivas, como cuando del

expediente legislativo se desprende claramente dicho aval por la presencia del Ministro en la sesión correspondiente y por la ausencia en dicho trámite de elementos que contradigan el otorgamiento de dicho aval. Por el contrario, no es prueba del aval la ausencia de objeciones del Presidente, pues el aval debe darse antes de la aprobación en plenarias.

“En ese sentido ha señalado la Corte que las disposiciones que sean aprobadas por el Congreso de la República sin haber contado con la iniciativa del Gobierno en los casos enunciados por el artículo 154 superior se encuentran viciadas de inconstitucionalidad y pueden, en consecuencia, ser retiradas del ordenamiento jurídico por la Corte Constitucional bien mediante la acción de inexecuibilidad ejercida dentro del año siguiente a la publicación del acto –ya que se trata de un vicio de forma–, o bien que al ejercer el control previo de constitucionalidad por virtud de las objeciones presidenciales se llegue a determinar el incumplimiento de la exigencia contenida en el artículo 154 Superior (Sentencia C-121 de 2003 y 1177 de 2004)”.

El proyecto de ley que se está estudiando, debe atender los criterios de otorgamiento del aval y

cumplir lo ordenado por la Corte Constitucional en el artículo 2° de la Sentencia C-633 de 2016.

RECOMENDACIONES

PRIMERO. Que se modifique el término “cuota” por el tipo de tributo correcto que en este caso sería “contribución parafiscal”.

SEGUNDO. Que en el trámite legislativo se preste especial importancia al mandato de la Corte sobre la citación al Ministro del ramo y lo relacionado con el aval.

De esta forma, cumple la Unidad con las responsabilidades asignadas en la Ley 1147 de 2007, al adelantar el presente Análisis Legislativo que procura optimizar el procedimiento legislativo, con recomendaciones respetuosas al legislador colombiano.



DIANA PATRICIA VANEGAS LÓPEZ
Coordinadora de la Unidad de Asistencia Técnica Legislativa
Congreso de la República de Colombia

CARTAS DE COMENTARIOS

CARTA DE COMENTARIOS DEL MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO AL PONENCIA PARA SEGUNDO DEBATE AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 001 DE 2017 CÁMARA

por medio de la cual se crea el Programa de Tamizaje Neonatal en Colombia.

1.1.

Bogotá, D. C.

Honorable Congresista

RODRIGO LARA RESTREPO

Cámara de Representantes

Congreso de la República

Carrera 7 N° 8-68 Edificio Nuevo del Congreso
Bogotá, D. C.

Asunto: Consideraciones del Ministerio de Hacienda y Crédito Público frente al texto de ponencia para segundo debate al Proyecto de ley número 001 de 2017 Cámara, por medio de la cual se crea el Programa de Tamizaje Neonatal en Colombia.

Respetado Presidente:

De manera atenta, me permito presentar los comentarios y consideraciones del Ministerio de Hacienda y Crédito Público frente al texto de ponencia para segundo debate al proyecto de ley del asunto, en los siguientes términos:

El proyecto de ley referenciado en el asunto, de iniciativa parlamentaria, tiene por objeto “regular y ampliar la práctica del tamizaje neonatal en Colombia mediante la detección temprana de ceguera y sordera congénitas y mediante la utilización, almacenamiento y disposición de la muestra de sangre del recién nacido para detectar tempranamente los errores congénitos del metabolismo y enfermedades que puedan deteriorar la calidad de vida de las personas y otras alteraciones congénitas objeto de tamizaje, que generan enfermedades cuyo diagnóstico temprano permite: su curación o evitar su progresión, secuelas y discapacidad o modificarla calidad o expectativa de vida”.

Sea le primero decir que las Entidades Promotoras de Salud (EPS) son las responsables del recaudo de las cotizaciones de sus afiliados y tienen a su cargo la gestión del riesgo en salud, lo que se traduce en el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el Plan Obligatorio de Salud (POS). Las cotizaciones se constituyen en la principal fuente de financiación del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS). Estas financian el principal ingreso de las EPS el valor de las Unidades de Pago por Capitación (UPC), las que se reconocen a cada una de las EPS, per cada persona afiliada y beneficiaria. De esta manera, las cotizaciones financian la UPC, a fin de que el sistema, a través de las EPS, cumpla

su función principal de aseguramiento en salud, **en sujeción estricta al POS.**

Bajo este esquema se da fiel cumplimiento al mandato constitucional que establece que los recursos de las instituciones de la seguridad social no se podrán destinar ni utilizar para fines distintos a ella¹. Se asegura que los recursos del SGSSS se destinen a los servicios y tecnologías de la salud cubiertas para la atención del servicio público de salud. No en vano existen disposiciones legales como el artículo 23 de la Ley 1438 de 2011² que establece que los recursos para la atención en salud no podrá usarse para adquirir activos fijos, ni en actividades distintas a la prestación de servicios de salud. Del mismo modo, este esquema permite dar cumplimiento a las consagraciones constitucionales referentes a la forma en que deberá garantizarse la seguridad social en salud bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

De la aplicación del principio de la solidaridad se derivan varias implicaciones de suma importancia para la real y efectiva garantía de la seguridad social, una de ellas, expuesta en palabras de la Corte Constitucional, es *“...que todos los partícipes de este sistema deben contribuir a su sostenibilidad, equidad y eficiencia, lo cual explica que sus miembros deban en general cotizar, no solo para poder recibir los distintos beneficios, sino además para preservar el sistema en su conjunto...”*³. La solidaridad así vista permite entender que las cotizaciones se convierten en la principal fuente de financiación del SGSSS y, así, de los servicios y tecnologías incluidos en el POS, a partir del reconocimiento del valor de la UPC.

Ahora bien, el Ministerio de Salud y Protección Social (MSPS) en ejercicio de las funciones conferidas por el Decreto 2562 de 2012⁴, dentro de las cuales se encuentra definir y actualizar el POS y definir el valor de la UPC de cada régimen, incluyó en el POS la prestación de servicios y tecnologías para atender las facetas de promoción, prevención, paliación, atención de las enfermedades y rehabilitación de las secuelas de la población colombiana, dentro de ellas las personas que van desde la etapa neonatal hasta los seis (6) años⁵.

La competencia ejercida sobre el particular por el MSPS tiene fundamento constitucional y legal. Desde la expedición de la Ley 100 de 1993⁶ ha sido preocupación del legislador las entidades que participan e interactúan al interior del SGSSS, especialmente en el proceso de inclusión de servicios y tecnologías en salud dentro del POS y su financiación, conforme a la cláusula constitucional que consagra que la seguridad social se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado. Desde el texto original de la ley en mención quedó establecida esta competencia en cabeza del MSPS, la Superintendencia Nacional de Salud y el otrora Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud⁷, entidad esta última quien fuera la encargada de definir la UPC hasta la entrada en vigencia de la Ley 1122 de 2007⁸ que creó la Comisión de Regulación en Salud, entidad que en su remplazo le fue encomendada la definición y modificación de los Planes Obligatorios de Salud hasta el año 2012, fecha en la que se ordenó su supresión y se ordenó el traslado de estas funciones al MSPS.

Por su parte, es importante resaltar que de conformidad con la Ley 100 de 1993, la UPC se establecerá de acuerdo con los cambios en la estructura demográfica de la población, el perfil epidemiológico, los costos de prestación y la tecnología media disponible, las condiciones financieras del sistema, su financiación y estudios técnicos respectivos⁹. Su definición debe consultar además el equilibrio financiero del sistema de acuerdo con las proyecciones de sostenibilidad de mediano y largo plazo, en cualquier caso compatibles con el Marco Fiscal de Mediano Plazo¹⁰. Así, pues, la UPC responde

especialidad médica que sea necesaria, durante el proceso de gestación, parto y puerperio en las fases de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación de la enfermedad, (ii) la atención mediante programas para la detección temprana de alteraciones de la agudeza visual, auditiva y alteraciones del embarazo con el fin de favorecer la identificación oportuna que la enfermedad, el diagnóstico precoz, el tratamiento adecuado y la reducción de los daños en salud causados por eventos no detectados oportunamente, (iii) la atención en salud bucal y la aplicación del biológico según el esquema del Programa Ampliado de Inmunizaciones (PAI), (iv) la atención de morbilidad neonatal que se requiera desde el momento del nacimiento y hasta el mes de nacido, con el fin de atender integralmente cualquier contingencia de salud, incluyendo lo necesario para su realización de tal forma que se cumpla con la finalidad del servicio y según el criterio del médico tratante, entre otras atenciones y servicios.

¹ Artículo 48 C. P.

² Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

³ Sentencia C-126 de 2000.

⁴ Por el cual se modifica la estructura del Ministerio de Salud y Protección Social, se crea una Comisión Asesora y se dictan otras disposiciones

⁵ De acuerdo con los artículos 76, 77 y 80 de la Resolución 5521 de 2013, “por la cual se define, aclara y actualiza el Plan Obligatorio de Salud (POS)”, el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) cubre las tecnologías en salud descritas expresamente en esta norma para (i) la atención en salud ambulatoria o con internación, por la

⁶ Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones.

⁷ Artículo 155 Ley 100 de 1993.

⁸ Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

⁹ Artículos 162 y 182 de la Ley 100 de 1993.

¹⁰ Artículo 7° Ley 1122 de 2007.

a un análisis técnico y actuarial que contrasta la población objetivo y los servicios y tecnologías con cobertura en salud.

Es por lo anterior que esta Cartera, sin perjuicio de la competencia del Congreso de la República de hacer las leyes, no comparte la inclusión de servicios y tecnologías en salud mediante leyes, tal como se pretende hacer mediante el proyecto de ley del asunto, en tanto esta práctica disiente de la filosofía del SGSSS que implica la ejecución de dicha labor a través de una entidad técnica como el MSPS, en razón a los criterios que deben tenerse en cuenta para su inclusión, el análisis que esto supone y los componentes que se encuentran en juego como la sostenibilidad del sistema articulada bajo un esquema de prestación que comprende la participación de los particulares y la solidaridad en su financiación. Luego es imperioso preservar la coherencia del sistema y respeto por las instituciones que han sido creadas precisamente para hacer efectiva la prestación del servicio de la seguridad social.

En esa línea apuntó la Ley 1751 de 2015 “Ley Estatutaria de Salud” (LES) al consagrar por definición del sistema de salud “*el conjunto articulado y armónico de principios y normas; políticas públicas; instituciones; competencias y procedimientos; facultades, obligaciones, derechos y deberes; financiamiento; controles, información y evaluación, que el Estado disponga para la garantía y materialización del derecho fundamental de la salud*”. El legislador estatutario consciente del modelo de seguridad social, lo erigió en unos principios que no son negociables, pues comprenden la garantía implícita de ese derecho. La competencia del MSPS enfrenta responsabilidades con el sistema en este sentido.

Actualmente, esas responsabilidades en el marco del “sistema” buscan garantizar el derecho fundamental a la salud a través de la prestación de servicios y tecnologías sobre un concepto integral de la salud. Así, el adienlo 15 de la Ley 1751 de 2015 dispuso reglas importantes para delimitar el contenido del derecho a la salud, lo cual fue avalado por la Corte Constitucional bajo el entendido de que precisamente corresponde al legislador estatutario fijar límites a los derechos fundamentales¹¹, en este sentido consagra que los recursos públicos asignados a la salud no podrán destinarse a financiar servicios y tecnologías en los que se advierta por criterios: (i) Que tenga como finalidad principal un propósito cosmético o santuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas; (ii) Que no exista evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínica; (iii) Que no exista evidencia científica sobre su efectividad clínica; (iv) Que su uso no haya sido autorizado por la autoridad competente; (v) Que

se encuentren en fase de experimentación; y (vi) Que tengan que ser prestados en el exterior.

Si bien la norma dispone que el derecho se garantizará desde una concepción integral de la salud, precisa que bajo ninguna circunstancia podrán utilizarse los recursos públicos para financiar servicios y tecnologías que, de acuerdo con los criterios allí definidos, deban ser excluidas explícitamente. De tal forma que las prestaciones que se excluyan materializarán los límites del derecho, pues los usuarios del Sistema no podrán reclamar la prestación de dichos servicios con cargo a los recursos públicos de la salud.

Asimismo, con el fin de garantizar una decisión participativa, técnica, científica, incluyente y legítima para establecer lo que debe ser asegurado por el Sistema, la LES dispuso que: **(i) el listado de exclusiones debe ser definido por el Ministerio de Salud y Protección Social, después de haber adelantado un procedimiento técnico-científico, público, colectivo, participativo y transparente, en el que se debe garantizar la participación de expertos independientes, de las asociaciones profesionales de la especialidad correspondiente y de los pacientes que serían potencialmente afectados con la exclusión,** (ii) En sentido similar, dispuso que **la ampliación progresiva de los beneficios en salud se debe realizar a través de un mecanismo que defina el legislador, que debe ser técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente.**

Con el fin de dar cumplimiento a la norma citada, la LES dispuso adicionalmente que el Ministerio de Salud y Protección Social tendría hasta dos años para su implementación, dentro de los cuales podría desarrollar el mecanismo técnico, participativo y transparente para excluir servicios o tecnologías en salud.

Así, mediante la Resolución 330 del 14 de febrero de 2017¹², el Ministerio de Salud y Protección Social adoptó el procedimiento técnico-científico participativo, de carácter público, colectivo y transparente para la aplicación de los criterios de exclusión definidos en el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015, con el fin de construir y actualizar periódicamente la lista de tecnologías que no serían financiadas con recursos públicos asignados a la salud. De acuerdo con dicha Resolución, el procedimiento se debe desarrollar en cuatro (4) fases:

1. Nominación y priorización.
2. Análisis técnico-científico.
3. Consulta a pacientes potencialmente afectados.
4. Adopción y publicación de las decisiones.
Este procedimiento técnico-científico ya

¹² Por la cual se adopta el procedimiento técnico-científico y participativo para la determinación de los servicios y tecnologías que no podrán ser financiados con recursos públicos asignados a la salud y se establecen otras disposiciones.

¹¹ Sentencia C-313 de 2014.

se encuentra avanzado, pues a principios del mes de junio se dio inicio a la tercera fase¹³.

Con estos elementos presentes, resulta acertado sostener que el Sistema de Salud se encuentra actualmente en una etapa de transición hacia el nuevo plan de beneficios, mediante la cual se pretendió garantizar que la comunidad científica, los expertos, los profesionales en salud, los ciudadanos en general y los pacientes en especial, puedan participar de forma transparente y pública en la toma de decisiones que inciden en el contenido y alcance del derecho a la salud.

En este nuevo sistema, la adopción de medidas aisladas en materia de inclusiones o exclusiones implica un claro desconocimiento de la ley Estatutaria en Salud. Así las cosas, la expedición de una ley ordinaria por parte del Congreso de la República que ordena la financiación de tratamientos a tamizaje neonatal con recursos públicos resulta contraria a los postulados de la ley Estatutaria de Salud.

La voluntad del legislador estatutario frente a la protección del servicio de salud fue la de adoptar un modelo de servicios y tecnologías excluidos, de manera que se financia con cargo a los recursos públicos lo que no esté excluido. Este modelo junto con el procedimiento de exclusión y la competencia de dicho proceder por parte del MSPS fue declarado exequible y considerado expresamente materia “estatutaria” por la Corte Constitucional, lo que le otorga a dicho contenido una jerarquía por encima de las leyes ordinarias de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional¹⁴.

Al respecto, cabe reiterar que la Ley 1751 de 2015, regula asuntos que hacen parte del núcleo esencial del derecho fundamental a la salud y que

por lo tanto tienen reserva de ley estatutaria¹⁵. En ese sentido, comoquiera que el artículo 15 de la LES regula materias estatutarias, su contenido constituye un referente constitucional que debe ser observado de forma obligatoria por el legislador ordinario. Por lo tanto, la violación de la norma estatutaria implica, a su vez, la transgresión de la Constitución.

Así las cosas, el proyecto de ley resulta contrario a los mandatos del legislador estatutario definidos en el artículo 15 de la LES. Ciertamente, al ampliar directamente los beneficios en materia de tamizaje neonatal se desconocen las reglas estatutarias sobre competencia y procedimiento en materia de exclusiones y ampliación de servicios y tecnologías en salud.

Ahora bien, el procedimiento técnico científico de carácter público, colectivo, participativo y transparente que debe realizarse, no solo para establecer el listado de exclusiones sino para ampliar progresivamente los beneficios, es un elemento estructural del derecho fundamental, pues la LES estableció que este deberá agotarse para poder delimitar el contenido del plan de beneficios.

Esta disposición tiene una relevancia especial que ha sido considerada por diferentes instancias a nivel nacional e internacional, como una herramienta necesaria para la garantía efectiva del derecho a la salud. Por ejemplo, en la Observación General número 14 de 2000 proferida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU se señaló: “*otro aspecto importante es la participación de la población en todo el proceso de adopción de decisiones sobre las cuestiones relacionadas con la salud en los planos comunitario, nacional e internacional*”¹⁶.

¹⁵ Este artículo que además fue declarado exequible, salvo la última parte del inciso 4° que fue declarado inexecutable y que por lo tanto no ha sido citado en el presente escrito.

¹⁶ Observación General número 14 de 2000 relativa al “*derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*”, proferida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El Comité se estableció en 1985 por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas para supervisar el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Asimismo, la Organización Mundial de la Salud se ha referido sobre la importancia de la participación para la promoción de la salud:

(...) en 1948, la Constitución de la OMS disponía que «una opinión pública bien informada y una cooperación activa por parte del público son de importancia capital» para el mejoramiento de la salud, aunque fue en el decenio de 1960 y a comienzos de los años setenta cuando empezaron a valorarse cada vez más las ventajas prácticas de la participación de las comunidades en los proyectos sanitarios y su identificación con estos últimos. Diversos proyectos ejecutados en zonas de Guatemala, Níger y la República Unida de Tanzania demostraron que una mayor participación de la comunidad podía aportar beneficios sanitarios para la población. En esos proyectos,

¹³ De acuerdo con información publicada en el Boletín de Prensa número 084 del 5 de junio de 2017 del Ministerio de Salud y Protección Social.

¹⁴ En la Sentencia C - 313 de 2014 con ponencia del Magistrado Gabriel Eduardo Mendoza Martelo la Corte Constitucional al realizar el estudio particular sobre el artículo 15 del Proyecto de Ley Estatutaria No. 209 de 2013 Senado y 267 Cámara, que culminó con la expedición de la Ley 1751 de 2015 consideró “... *Esta disposición al establecer importantes restricciones al acceso a un derecho fundamental, claramente es propia del resorte del legislador estatutario...*”.

Ahora bien, respecto de la naturaleza de las Leyes Estatutarias, la alta Corporación en Sentencia C-748 de 2011 señaló “...*Las leyes Estatutarias constituyen un tipo de leyes de especial jerarquía, que tienen como fin esencial salvaguardar la entidad de las materias que regula, que son: los derechos y deberes fundamentales (...) materias estas que comportan una importancia cardinal para el desarrollo de los artículos 1° y 2° de la Carta, pues su regulación especial garantiza la vigencia de principios básicos constitucionales y propende por la consecución de los fines esenciales del Estado...*”.

En el plano interno, la Corte Constitucional ha señalado la importancia de garantizar la participación directa y efectiva de la ciudadanía en el proceso de definición de los servicios de salud que se financian con recursos públicos. Así lo precisó en la Sentencia hito T-760 de 2008, en la que ordenó a la entonces Comisión de Regulación en Salud (CRES) realizar la actualización integral del plan de beneficios y la unificación de los planes de beneficios, garantizando la participación directa y efectiva de la comunidad médica y de los usuarios del sistema de salud:

“3.3.13. La tercera condición es que los procesos de decisión, elaboración, implementación y evaluación de la política pública permitan la participación democrática. En tal sentido, la jurisprudencia ha considerado inaceptable constitucionalmente que exista un plan (i) “que no abra espacios de participación para las diferentes etapas del plan”, o (ii) “que sí brinde espacios, pero estos sean inocuos y solo prevean una participación intrascendente. (...)”.

(...)

3.3.14. En conclusión, la faceta prestacional y progresiva de un derecho constitucional permite a su titular exigir judicialmente, por lo menos, (1) la existencia de una política pública, (2) orientada a garantizar el goce efectivo del derecho y (3) que contemple mecanismos de participación de los interesados”. [Subrayas y negrillas fuera del texto original].

En consideración a lo anterior, la existencia de un procedimiento en el que participen los pacientes, los médicos, los expertos, las asociaciones de profesionales y de usuarios, que sea público y transparente, tiene una relevancia especial que es ignorada por el legislador ordinario al pretender ordenar directamente la financiación del tamizaje neonatal con recursos públicos, sin haberse adelantado el proceso de consulta a la población que tiene el derecho de presentar una opinión, no solo sobre la exclusión de un beneficio, sino también sobre su ampliación.

La destinación de recursos de la salud para financiar el tamizaje neonatal –dado el costo representativo para el Sistema– es un asunto que definitivamente afecta a los usuarios. Por ello,

la aportación comunitaria facilitó la definición de prioridades programáticas, y los agentes de salud comunitarios asumieron importantes responsabilidades (1). En 1978, la plena participación de la comunidad en la pluridimensional labor de mejora de la salud se convirtió en uno de los pilares del movimiento en pro de la salud para todos. En 1986, la Carta de Ottawa, firmada en la Primera Conferencia Internacional sobre Fomento de la Salud, identificó el fortalecimiento de la acción comunitaria como una de las cinco prioridades clave para una promoción proactiva de la salud Organización Mundial de la Salud (OMS). Informe sobre la salud en el mundo 2013 - Investigaciones para una cobertura universal, Capítulo 3: Participación de la comunidad en la salud pública, p. 47.

justamente, la LES les confirió el derecho de participar en la toma de esta clase de decisiones que impactan gravemente las finanzas del Sistema y el tránsito hacia la concepción integral de la salud.

En consecuencia, la iniciativa desconoce un elemento estructural del derecho fundamental a la salud, relativo al mecanismo que exige el legislador estatutario para ampliar progresivamente los beneficios en salud y para establecer las prestaciones en salud que serán excluidas.

Así las cosas, no podría el legislador ordinario ahora incluir un servicio o tecnología, pues dicho actuar sería inconstitucional al ir en contravía del procedimiento de dos años para excluir servicios y tecnologías por parte del MSPS, ya que traería por efecto que ese Ministerio no podría con posterioridad ejercer su competencia, haciendo inocuo el objetivo trazado de atención integral de la salud mediante el mecanismo de exclusión previsto en la Ley Estatutaria de Salud. Además, ese proceder es contrario al ordenamiento jurídico superior, pues no responde a criterios técnicos ni consulta los factores que rigen la definición de la UPC, quiebra los principios que cimientan el SGSSS y pone en riesgo su sostenibilidad financiera y la viabilidad en perjuicio de la garantía del derecho fundamental de salud.

En este orden de ideas, esta Cartera considera que el legislador desconoce el artículo 15 de la LES, disposición que hace parte del bloque de constitucionalidad, pues la competencia para definir qué se financia con los recursos públicos de la salud constituye un elemento estructural del derecho fundamental a la salud. Esta tarea fue asignada por la LES al Ministerio de Salud y Protección Social en materia de exclusiones (no al legislador ordinario), y solo se activa después de haber adelantado un procedimiento técnico-científico de carácter público, colectivo, participativo y transparente.

Por otro lado, respecto al artículo 10 de la iniciativa, que ordena al Gobierno nacional, a través de los Ministerios de Salud y Protección Social, y Hacienda y Crédito Público, disponer de los recursos requeridos para la implementación del programa de tamizaje neonatal, debe advertirse que este mandato desconoce la Constitución y las normas orgánicas en materia presupuestal.

Si bien es cierto que la Constitución Política y las normas orgánicas de presupuesto reconocen al Congreso de la República como el órgano competente para aprobar el gasto, no se puede desconocer que la decisión del gasto involucra también al Ejecutivo en los diferentes momentos del proceso de elaboración presupuestal, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 345 superior, que establece que “En tiempo de paz no se podrá percibir contribución o impuesto que no figure en el presupuesto de rentas, ni hacer erogación con cargo al tesoro que no se halle

incluida en el de gastos”, lo cual estará incluido en el presupuesto de rentas y ley de apropiaciones, que por disposición constitucional contendrá la totalidad de los gastos que el Estado pretenda realizar durante la vigencia fiscal respectiva¹⁷.

Lo anterior implica que el Congreso de la República únicamente podrá aprobar aquellos gastos que cuentan con respaldo en una ley anterior, lo cual no puede significar que el Congreso pueda atribuirse competencias que desde la Constitución y las Leyes orgánicas de presupuesto están otorgadas al Ejecutivo. En este sentido, mal haría el Congreso en priorizar el gasto desde una ley, pues como bien lo establece el artículo 39 del Estatuto Orgánico del Presupuesto¹⁸, la priorización de gastos autorizados por leyes preexistentes en la ley anual de presupuesto corresponde al Gobierno. Asimismo, la iniciativa además de entregarle al Congreso competencias que por la Constitución y las normas orgánicas le conceden al Gobierno, se desconoce la autonomía de la que gozan las entidades que hacen parte del Presupuesto General de la Nación, que son en últimas las que deciden cómo ejecutan y comprometen las apropiaciones incorporadas en el presupuesto.

Del mismo modo, los artículos 42 y 43 de la Ley 715 de 2001¹⁹ establecen las competencias de la nación y de las Entidades Territoriales en materia de salud pública, señalando que corresponde a la nación la dirección del sector salud en el territorio nacional y, a los departamentos corresponde lo propio en el territorio de su jurisdicción, destacándose dentro de sus funciones específicas “...garantizar la financiación y la prestación de los servicios de laboratorio de salud pública directamente o por contratación...”²⁰.

Por su parte la distribución de los recursos del Sistema General de Participaciones para salud se establece en la Ley 1797 de 2016²¹ que establece que “... a partir de la vigencia 2017, los recursos del Sistema General de Participaciones (SGP)

*para salud se destinará el 10% para cofinanciar las acciones en salud pública; hasta el 80% para el componente de Régimen Subsidiado y el porcentaje restante para la prestación de servicios de salud en lo no cubierto con subsidios a la demanda y financiación del subsidio a la oferta...”*²².

Como puede advertirse, la financiación de la salud pública es competencia de los departamentos, y el proyecto de ley pretende que un componente de la misma sea asumido por la nación, lo cual resulta contrario a las normas de naturaleza orgánica que regulan la materia.

Respecto al costo de la iniciativa, en lo que tiene que ver al tamizaje neonatal, se aclara que para estimar el impacto fiscal resultado de aplicar de forma obligatoria este tipo de pruebas, se toma en consideración la información de nacidos vivos en el país y de los posibles costos de las pruebas mencionadas. De acuerdo con la información del DANE, el promedio anual de nacimientos vivos anuales en Colombia, en el período 2010-2016 ha sido de **661.000** neonatos, como se observa en el siguiente cuadro:

Año	Número de nacimientos por año en Colombia
2010	654.627
2011	665.499
2012	676.835
2013	658.835
2014	669.137
2015	660.999
2016	644.305
Promedio 2010-2016	661.462

Fuente: DANE

Según lo previsto en la iniciativa, a todos los colombianos nacidos al año debería aplicárseles la prueba de Tamizaje Neonatal Básico y paulatinamente llegar a pruebas de Tamizaje Ampliado²³.

Así, para determinar el impacto del proyecto de ley frente a una sola de las pruebas en el Tamizaje Ampliado, y correspondiente a la prueba de aminoácidos, se toma en consideración la información obtenida de la Base de Datos de Recobros del Ministerio de Salud y Protección Social, la cual categoriza una de estas pruebas como “Tamizaje errores de metabolismo, aminoácidos

¹⁷ Artículo 347 de la Constitución Política “...El proyecto de ley de apropiaciones deberá contener la totalidad de los gastos que el Estado pretenda realizar durante la vigencia fiscal respectiva. Si los ingresos legalmente autorizados no fueren suficientes para atender los gastos proyectados, el Gobierno propondrá, por separado, ante las mismas comisiones que estudian el proyecto de ley del presupuesto, la creación de nuevas rentas o la modificación de las existentes para financiar el monto de gastos contemplados...”.

¹⁸ Decreto 111 de 1996.

¹⁹ Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo número 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros.

²⁰ Artículo 43.3.2 Ley 715 de 2001.

²¹ Por la cual se dictan disposiciones que regulan la operación del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

²² Artículo 2° Ley 1797 de 2016.

²³ Se destaca, que el proyecto define explícitamente las pruebas que se incluyen en el tamizaje básico haciendo referencia al hipotiroidismo congénito, fenilcetonuria y galactosemia, fibrosis quística, hiperplasia suprarrenal congénita, déficit de biotinidasa y defectos de la hemoglobina. Adicionalmente define el tamizaje ampliado como aquel que además de las pruebas del tamizaje básico debe incorporar pruebas sobre enfermedades de los aminoácidos, enfermedades de los ácidos orgánicos y desórdenes de la betaoxidación de los ácidos grasos, entre 33 enfermedades que según el proyecto se detectan con estas pruebas.

y carbohidratos Fanconi y Sind de Wilson en Orina COT". Esta sola prueba ha costado por paciente, según la base mencionada y tomando la mediana, \$193.050 para el período 2015-2016. Es decir que el impacto fiscal de solamente aplicar esta prueba a los 661.000 recién nacidos sería de aproximadamente \$127 mil millones de pesos al año.

No obstante, se debe aclarar que este impacto solo incluye una prueba y no considera el costo de las otras pruebas tanto de tamizaje neonatal básico como de tamizaje ampliado. Es decir, el impacto podría ser significativamente mayor, lo que desvirtúa lo mencionado en la sección, "Justificación de la Iniciativa" del proyecto de ley, que señala una inversión de entre "\$13.000 a \$33.000 pesos por niño".

Por otro lado, tomando información del mercado en la ciudad de Bogotá, consultando telefónicamente y en páginas web, laboratorios especializados (mes agosto 2017) se encuentran los siguientes costos:

Estudio mercado tamizaje neonatal:

Institución-Laboratorio	Tipo de tamizaje	Precio (\$)
Genflux (Laboratorio de investigación hormonal) (Telefónico)	Básico	260.000
	Ampliado	325.000
PreGen (Página web y telefónico)	Ampliado, auditivo, visual	450.000
	Básico - Tradicional (sin visual y auditivo)	220.000
	Básico - Tradicional (incluye visual y auditivo)	320.000
	Completo (ampliado) e incluye auditivo y visual	455.000

Corno se observa en el cuadro anterior, el tamizaje básico tiene un valor entre **\$220.000** y **\$260.000**, sin incluir tamizaje auditivo y visual. En cuanto al tamizaje visual y auditivo, se presenta un costo de aproximadamente **\$50.000** cada uno²⁴. Cabe resaltar que en la justificación del proyecto de ley se señala que la inversión por niño, entendida como el valor del tamizaje, no supera **\$30.000**, valor a todas luces subestimado si se considera que ni siquiera es el costo del tamizaje visual o auditivo. Por su parte, el tamizaje ampliado tiene un precio en el mercado que alcanza **\$450.000**.

De lo anterior se concluye que en la primera etapa de entrada en vigencia del proyecto de ley, que ordena comenzar con el tamizaje básico aplicado al universo de los recién nacidos, el impacto de la iniciativa, a precios de mercado podría llegar a costar **\$172** mil millones al año;

mientras que el tamizaje ampliado, podría costar **\$301** mil millones anuales de 2017, tomando como base el número de nacimientos al año según el DANE, que en promedio de los últimos 7 años es de **661** mil niños nacidos.

Finalmente, se destaca un problema en el costo-efectividad de la iniciativa, toda vez que la exposición de motivos resalta que "...Al tamizar anualmente 518.400 neonatos, se podrían detectar unos 50 casos a costo aproximado de \$330 millones por caso...". Es decir, el gasto total de aplicar el tamizaje al universo de neonatos se traduce en detectar menos de una diezmilésima (0.0096%) de recién nacidos con alguna necesidad de tratamiento. Dicho en otras palabras, el nivel de incidencia es fundamental para determinar la conveniencia de destinar gasto público para la aplicación del tamizaje planteado en el proyecto de ley, pues de otra manera se afecta la progresividad de la cobertura de los servicios de salud para toda la población.

Por ello, en el SGSSS las pruebas de tamizaje se aplican según lo ordenado por el médico tratante a partir de la evaluación que viene realizando al recién nacido desde el momento mismo de la gestación y con el análisis de los antecedentes de parentesco que puedan conducir a ordenar tales pruebas. Es decir, es muy importante encontrar medios alternativos para determinar la procedencia del tamizaje. El tamizaje es susceptible de ser previamente focalizado y ser parte de las rutas de atención que deben definirse dentro de las políticas y modelos de atención integral en salud, dada la existencia de un procedimiento definido a través de Ley 1751 de 2015 para la definición de las patologías a ser incluidas en el plan de salud.

Por las razones antes expuestas, este Ministerio se abstiene de emitir concepto favorable al proyecto de ley en estudio, y, en consecuencia, de manera respetuosa, solicita considerar la posibilidad de su archivo, no sin antes manifestar muy atentamente la voluntad de colaborar con la actividad legislativa.

Cordialmente,

ANDRÉS MAURICIO VELASCO MARTINEZ
Viceministro Técnico
Ministerio de Hacienda y Crédito Público

Con copia: honorable Representante María Margarita Restrepo, coordinador ponente, autor

Honorable Representante Cristóbal Rodríguez Hernández, ponente.

Honorable Representante José Élver Hernández Casas, ponente.

Doctor Jorge Humberto Mantilla Serrano, Secretario General Cámara de Representantes.

²⁴ Ver <http://www.pregencolombia.com/site/pagos-en-linea/>

**CARTA DE COMENTARIOS DEL
MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO
PÚBLICO AL INFORME DE PONENCIA
PARA SEGUNDO DEBATE AL PROYECTO
DE LEY NÚMERO 042 DE 2017 CÁMARA**

por medio de la cual se crea el nuevo Código de Ética Médica.

1.1.

Bogotá, D.C.

Honorable Congresista

RODRIGO LARA RESTREPO

Cámara de Representantes

Congreso de la República

Carrera 7 N° 8-68

Ciudad

Asunto: Comentarios al informe de ponencia para segundo debate al Proyecto de ley número 042 de 2017 Cámara, *por medio de la cual se crea el nuevo Código de Ética Médica.*

Respetado Presidente:

De manera atenta me permito presentar los comentarios y consideraciones del Ministerio de Hacienda y Crédito Público al texto de segundo debate del proyecto de ley del asunto, en los siguientes términos:

El proyecto de ley, de iniciativa parlamentaria, tiene por objeto regular *“la práctica profesional médica bajo un enfoque ético, con el fin de que el ejercicio médico en Colombia cumpla requisitos de ética y estándares aceptados por la comunidad científica para el beneficio de las personas y de la colectividad en el marco de esta ley; define la autoridad competente, los procedimientos e instancias, las faltas y las sanciones correspondientes”*¹.

Revisado el proyecto de ley esta Cartera encuentra que el artículo 101 establece que tanto el Gobierno nacional, como los gobiernos departamentales, deberán incluir en el proyecto de presupuesto de gastos correspondiente a cada vigencia las partidas indispensables para sufragar los gastos que se demanden, los cuales corresponden al funcionamiento de Tribunales Nacionales y Seccionales de Ética Médica y a las remuneraciones de los Magistrados y Conjuces que los compongan.

Frente a lo anterior, es necesario resaltar que los tribunales de orden nacional y territorial ya se encuentran contemplados en los artículos 91 y 93 de la Ley 23 de 1981², en los que se ha establecido la obligación a cargo del Gobierno de incluir en el presupuesto de gastos las partidas necesarias destinadas a cubrir los gastos que se requieran para el cumplimiento de la ley. Así mismo, los citados artículos designaron al Ministerio de Salud como la entidad encargada de señalar la remuneración que tendrán los miembros que conformarían los

tribunales y al Gobierno nacional de realizar los traslados presupuestales.

Cabe destacar que en el Presupuesto General de la Nación para el año 2017 se apropió la suma de \$1,345 millones para destinar a los tribunales de ética médica, odontológica y de enfermería, la cual se asigna al Ministerio de Salud y Protección Social quien posteriormente se encarga de asignar los recursos a cada tribunal.

Así las cosas, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público no tendría objeciones al proyecto de ley para su aprobación desde el punto de vista presupuestal, siempre y cuando no genere gastos adicionales con cargo al Presupuesto General de la Nación y sea acorde con el Marco Fiscal de Mediano Plazo, lo cual debe quedar expreso en el proyecto.

Por lo expuesto, esta Cartera solicita se tengan en cuenta las anteriores consideraciones, no sin antes manifestar la voluntad de colaborar con la actividad legislativa.

Cordialmente,

Paula Acosta

PAULA ACOSTA

Viceministra General

Ministerio de Hacienda y Crédito Público

Con copia a:

Honorable Senador Juan Manuel Galán Pachón, autor,

Honorable Representante Édgar Alfonso Gómez Román, ponente,

Honorable Representante Óscar de Jesús Hurtado Pérez, ponente,

Doctor Jorge Humberto Mantilla Serrano, Secretario General de la Cámara de Representantes.

* * *

**CARTA DE COMENTARIOS DEL
MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO
PÚBLICO A LA PONENCIA PARA
SEGUNDO DEBATE AL PROYECTO DE
LEY NÚMERO 97 DE 2017 CÁMARA**

por medio de la cual se expide la ley del actor para garantizar los derechos laborales y culturales de los actores y actrices en Colombia, fomentar las oportunidades de empleo para quienes ejercen la actuación, y se dictan otras disposiciones.

1.1.

Bogotá D. C.,

Honorable Representante

RODRIGO LARA RESTREPO

Cámara de Representantes

Congreso de la República

Carrera 7 N° 8-68

Ciudad

Asunto: Comentarios al texto de ponencia para segundo debate al Proyecto de ley número 97 de 2017 Cámara, *por medio de la*

¹ Artículo 1° del Proyecto de ley número 42 de 2017- Cámara. *Gaceta del Congreso* número 927 de 2017.

² “Por la cual se dictan normas en materia de ética médica”.

cual se expide la ley del actor para garantizar los derechos laborales y culturales de los actores y actrices en Colombia, fomentar las oportunidades de empleo para quienes ejercen la actuación, y se dictan otras disposiciones.

Respetado Presidente,

De manera atenta me permito presentar los comentarios y consideraciones del Ministerio de Hacienda y Crédito Público al texto de ponencia para segundo debate al proyecto de ley del asunto, en los siguientes términos:

El proyecto de ley tiene como finalidad establecer un conjunto de medidas para la promoción, estímulo y protección del trabajo de los actores y actrices, así como garantizar sus derechos laborales y culturales, y dignificar la profesión. Entre las propuestas contenidas en el proyecto se incluyen: el fomento de programas de profesionalización y formación de actores, la ejecución de programas de alta calidad en artes escénicas, la creación del Registro Nacional de Actores y Actrices, entre otras.

En primer lugar, el artículo 3° del proyecto establece que las producciones dramáticas en cine, televisión, teatro y otras formas de lenguaje se considerarán como expresiones del Patrimonio Cultural de la Nación. Al respecto, resulta pertinente señalar que el artículo 1° de la Ley 1185 de 2008¹, que modificó el artículo 4° de la Ley 397 de 1997², determina que:

“El patrimonio cultural de la nación está constituido por todos los bienes materiales, las manifestaciones inmateriales, los productos y las representaciones de la cultura que son expresión de la nacionalidad colombiana, tales como la lengua castellana, las lenguas y dialectos de las comunidades indígenas, negras y creoles, la tradición, el conocimiento ancestral, el paisaje cultural, las costumbres y los hábitos, así como los bienes materiales de naturaleza mueble e inmueble a los que se les atribuye, entre otros, especial interés histórico, artístico, científico, estético o simbólico en ámbitos como el plástico, arquitectónico, urbano, arqueológico, lingüístico, sonoro, musical, audiovisual, fílmico, testimonial, documental, literario, bibliográfico, museológico o antropológico” (subraya fuera del texto).

Adicionalmente, de acuerdo con el artículo 5° de la Ley 1185 de 2008, que modificó el artículo 8° de la Ley 397 de 1997, el Gobierno nacional

a través del Ministerio de Cultura, con previo concepto del Consejo de Monumentos Nacionales, será el responsable de realizar la declaración de interés cultural. Teniendo en cuenta lo anterior, en caso que todas las producciones dramáticas sean consideradas per se como parte del Patrimonio Cultural de la Nación y sean objeto del régimen especial de protección de los bienes de interés cultural, se estaría omitiendo la legislación vigente aplicable a todo bien que busque la declaratoria de patrimonio cultural.

De otro lado, el artículo 7° del proyecto crea el Registro Nacional de Actores y Actrices (en adelante “Registro”), a cargo del Ministerio de Cultura, como herramienta para almacenar la información de los actores y actrices y así facilitar el diseño de políticas públicas que promuevan y protejan el trabajo de este grupo poblacional.

Frente al registro, este Ministerio encuentra que su implementación podría representar costos para la nación de hasta \$15 mil millones en el primer año y de \$8.800 millones anuales a partir del segundo año. Se resalta que para determinar dichos valores, se acudió a la información suministrada por el Ministerio del Interior³ y a la Dirección General de la Policía Nacional de Colombia⁴. Según el Ministerio del Interior, la estructuración y puesta en marcha de un registro de cobertura nacional asciende a la suma de \$15.000 millones, dado que incluye la compra de equipos, diagnóstico, arquitectura, integración con otras fuentes de información, minería de datos y producción. Desde la perspectiva de la Dirección General de la Policía Nacional de Colombia, a partir del segundo año los gastos recurrentes de una plataforma tecnológica representan costos de \$8,800 millones anuales. Este valor incorpora la disponibilidad de servicios de conectividad, servicios de licenciamiento y el mantenimiento de la plataforma tecnológica.

Con fundamento en lo anterior y con el propósito de no generar costos adicionales para la nación, los recursos asociados a la implementación y funcionamiento del registro deberán ser priorizados en la programación del presupuesto del Ministerio de Cultura y ajustarse a las proyecciones del Marco de Gasto de Mediano Plazo del Sector, lo cual debe quedar expreso en el proyecto.

Por su parte, el artículo 5° del proyecto de ley consagra la obligación del Estado de fomentar programas de profesionalización y formación de los actores en los diferentes niveles de educación formal y de educación para el trabajo y el desarrollo humano (en artes escénicas o afines a la actuación). A su vez, el artículo 13 del proyecto

¹ Colombia. Congreso de la República. Ley 1185 (12 marzo, 2008), por la cual se modifica y adiciona la Ley 397 de 1997 -Ley General de Cultura y se dictan otras disposiciones. Bogotá, D. C., 2008.

² Colombia Congreso de la República. Ley 397 (7 agosto, 1997) por la cual se desarrollan los artículos 70, 71 y 72 y demás artículos concordantes de la Constitución Política y se dictan normas sobre patrimonio cultural, fomentos y estímulos a la cultura, se crea el Ministerio de la Cultura y se trasladan algunas dependencias. Bogotá, D. C., 1997.

³ Oficio enviado el 3 de febrero de 2017 por el Viceministerio para la Participación e Igualdad de Derechos (Dirección de Consulta Previa) del Ministerio del interior.

⁴ Oficio número S-2016-294519/DIPON-OFPLA-40.1 enviado el 27 de octubre de 2016.

propone la creación de una mesa de trabajo, liderada por el Ministerio del Trabajo, para construir de manera concertada entre las partes interesadas las políticas públicas que incentiven la contratación de los actores inscritos en el Registro y que fomenten discusiones sobre las condiciones laborales del gremio.

En relación con estos artículos, esta Cartera pone de presente que las propuestas enunciadas anteriormente pueden ser asumidas sin costo adicional por el Ministerio de Trabajo, toda vez que, según el Decreto 4108 de 2011⁵ dicho Ministerio tiene como función generar empleos de calidad, con derechos a la protección social, construir acuerdos con el propósito de consolidar el desarrollo social y económico, y capacitar y formar el talento humano.

Por lo expuesto, esta Cartera solicita se tengan en cuenta las anteriores consideraciones, no sin antes manifestar la disposición de colaborar con la actividad legislativa dentro de los parámetros constitucionales y legales de disciplina fiscal vigente.

Cordialmente,



PAULA ACOSTA
Viceministra General

Con copia a:

Honorable Representante Ángela María Robledo Gómez, autor/ponente.

Honorable Representante Óscar Ospina Quintero, autor.

Honorable Representante José Elver Hernández Casas, autor.

Honorable Representante Wilson Córdoba Mena, autor.

Honorable Representante Óscar de Jesús Hurtado Pérez, autor/ponente

Honorable Representante Ana Cristina Paz Cardona, autora

Honorable Representante. Rafael Eduardo Paláu Salazar, autor

Honorable Representante Guillermina Bravo Montaña, autor

Honorable Representante Alirio Uribe Muñoz, autor

Honorable Representante Margarita María Restrepo Arango, autora

Honorable Representante Víctor Javier Correa Vélez, autor

Honorable Representante Carlos Eduardo Guevara Villabón, autor

Honorable Representante Antonio Restrepo Salazar, autor

Honorable Representante Angélica Lisbeth Lozano Correa, autora

Honorable Representante Élburt Díaz Lozano, autor

Honorable Representante Carlos Abraham Jiménez López, autor

Honorable Representante Germán Bernardo Carlosama López, autor

Honorable Representante Inti Raúl Asprilla Reyes, autor

Honorable Senador Jorge Iván Ospina Gómez, autor

Honorable Senador Iván Cepeda Castro, autor

Honorable Representante Jorge Enrique Robledo Castillo, autor

Honorable Senador Honorio Miguel Henríquez Pinedo, autor

Honorable Senador Luis Fernando Velasco Chaves, autor

Honorable Senador Nidia Marcela Osorio Salgado, autora

Honorable Senador Jesús Alberto Castilla Salazar, autor

Doctor Jorge Humberto Mantilla Serrano, Secretario General de la Cámara de Representantes.

* * *

CARTA DE COMENTARIOS DEL MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO AL INFORME DE PONENCIA PARA SEGUNDO DEBATE AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 121 DE 2016 CÁMARA, ACUMULADO CON EL PROYECTO DE LEY NÚMERO 080 DE 2016 CÁMARA

por medio de la cual se modifica el régimen de ascensos de los miembros de la Policía Nacional de Colombia, y se dictan otras disposiciones.

1.1 Oficina Asesora de Jurídica

Bogotá, D. C.

Honorable Congresista

RODRIGO LARA RESTREPO

Cámara de Representantes

Congreso de la República

Carrera 7 N° 8-68

Ciudad,

Asunto: Consideraciones del Ministerio de Hacienda y Crédito Público frente al informe de ponencia para segundo debate al Proyecto de ley número 121 de 2016 Cámara, acumulado con el Proyecto de ley número 080 de 2016 Cámara, *por medio de la cual se modifica el régimen de ascensos de los miembros de la Policía Nacional de Colombia, y se dictan otras disposiciones.*

⁵ Colombia. Presidencia de la República. Decreto 1185 (2 noviembre, 2011). Por el cual se modifican los objetivos y la estructura del Ministerio del Trabajo y se integra el Sector Administrativo del Trabajo. Bogotá, D. C., 2011.

Respetado Presidente:

De manera atenta me permito presentar los comentarios y consideraciones del Ministerio de Hacienda y Crédito Público frente a la ponencia para segundo debate al proyecto de ley del asunto, en los siguientes términos:

De acuerdo con el artículo 1°, el objeto de la iniciativa es:

“(…) mejorar las garantías para los Patrulleros de la Policía Nacional, incentivar la meritocracia dentro de la institución y garantizar el ejercicio del servicio público de policía dentro de los límites de la Constitución y la ley”.

En este sentido, la iniciativa pretende introducir dentro del régimen de ascensos a los patrulleros profesionales, esto es, los patrulleros que alcancen cinco (5) años en el servicio activo y no participen en los cursos de ascenso, quienes recibirán un aumento salarial por antigüedad.

Al respecto, los artículos 2° y 3° del proyecto de ley establecen:

“Artículo 2°. Modifíquese parcialmente el artículo 5° del Decreto-ley 1791 de 2000 en la categoría del Nivel Ejecutivo donde se crea el grado de Patrullero Profesional. Los Patrulleros que alcancen 5 años en el servicio activo serán Patrulleros Profesionales, quedando la categoría del Nivel Ejecutivo así:

Comisario.

Subcomisario.

Intendente Jefe.

Intendente.

Subintendente.

Patrullero Profesional.

Patrullero.

Artículo 3°. Los patrulleros profesionales recibirán un aumento salarial equivalente a un 10% de su salario una vez alcancen la condición de patrulleros profesionales. En adelante recibirán un aumento por antigüedad equivalente a 8% de su salario cada 5 años. (...).”

De acuerdo con lo anterior, los patrulleros de la Policía Nacional que alcancen 5 años en el servicio activo serán promovidos automáticamente al grado de Patrulleros Profesionales, para calcular el monto de dicha erogación se tomó la población actual de patrulleros que cuenta con 5 o más años de servicio compuesta por 61.181 personas con un costo anual aproximado de \$1,91 billones (costo anual unitario de \$31,2 millones)¹. De acuerdo con el proyecto de ley, esta población de patrulleros recibiría aumentos salariales como lo muestra el siguiente cuadro:

Años de antigüedad	Base	Aumento salarial	Nueva asignación básica mensual
Entre 5 y 9 años	\$1.352.989	10%	\$1.488.288
Entre 10 y 14 años	\$1.488.288	8%	\$1.607.351
Entre 15 y 19 años	\$1.607.351	8%	\$1.735.939
Entre 20 y 24 años	\$1.735.939	8%	\$1.874.814

Fuente: Policía Nacional y Ministerio de Hacienda - DGPPN.

Los valores de la última columna del cuadro anterior son las nuevas asignaciones básicas que surgirían si se aplicara lo dispuesto en el proyecto de ley. Es necesario multiplicar estos valores por un factor de 1,925 para tener en cuenta las prestaciones sociales y las contribuciones inherentes a la nómina. En seguida, se multiplica por 12 para obtener el costo anual unitario y después por la población correspondiente para obtener el costo total, así:

Años de antigüedad	Nueva asignación básica mensual	Costo anual unitario*	Población	Costo total (en billones de \$)
Entre 5 y 9 años	\$1.488.288	\$34.379.450	38.309	1,32
Entre 10 y 14 años	\$1.607.351	\$37.129.807	21.719	0,81
Entre 15 y 19 años	\$1.735.939	\$40.100.191	1.152	0,05
Entre 20 y 24 años	\$1.874.814	\$43.308.206	1	0,00004
Total			61.181	2,17

*Incluye prestaciones sociales y contribuciones inherentes a la nómina.

Fuente: Policía Nacional y Ministerio de Hacienda - DGPPN.

De este modo, al restar el costo total anual obtenido en el cuadro anterior (\$2,17 billones) menos el costo total anual actual de la población de patrulleros que cuentan con 5 o más años de servicio (\$1,91 billones), se obtiene el impacto fiscal anual que representa el proyecto de ley por valor de \$260 mil millones. Dicho costo no se encuentra contemplado ni en el Marco Fiscal de Mediano Plazo ni en el Marco de Gasto del Sector.

Es importante resaltar que, el Gobierno nacional en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4ª de 1992², expidió el Decreto número 1163 de 2014³³ en el cual se estableció la prima de retorno a la experiencia para los patrulleros que cuentan con 5 o más años de servicio, el cual indica “el cinco por ciento (5%) del sueldo básico a partir del quinto año de servicio en el grado de Patrullero y el uno por ciento (1%) más por

² Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los trabajadores oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política.

³ Por el cual se modifica el Decreto 1091 de 1995.

¹ Todos los valores en este estudio están a precios de 2016 e incluye prestaciones sociales y contribuciones inherentes a la nómina.

cada año que permanezca en el mismo grado, sin sobrepasar el veinticinco por ciento (25%)”.

Como se observa, el Estado no ha sido indiferente a la situación prestacional de los patrulleros de la Policía Nacional. Precisamente, por concepto de prima de retorno a la experiencia para los patrulleros con 5 o más años de servicio, se destinaron recursos por un valor de \$82 mil millones en el año 2016.

Además, el proyecto de ley omite detallar los costos fiscales y las fuentes de ingresos adicionales con las cuales se pretende financiar el mismo, conforme al artículo 7° de la Ley 819 de 2003⁴, así:

“Artículo 7°. Análisis del impacto fiscal de las normas. En todo momento, el impacto fiscal de cualquier proyecto de ley, ordenanza o acuerdo, que ordene gasto o que otorgue beneficios tributarios, deberá hacerse explícito y deberá ser compatible con el Marco Fiscal de Mediano Plazo. Para estos propósitos, deberá incluirse expresamente en la exposición de motivos y en las ponencias de trámite respectivas los costos fiscales de la iniciativa y la fuente de ingreso adicional generada para el financiamiento de dicho costo. (...)”.

De esta manera, es claro que al proponerse un nuevo gasto, es necesario identificar el nuevo Ingreso, la fuente de ahorro o la financiación requerida para su implementación y, a su vez, ser consistentes con las cifras del Marco de Gasto de Mediano Plazo del Sector Defensa, de lo contrario se pone en riesgo la sostenibilidad fiscal de la nación.

Finalmente, cabe señalar que de acuerdo con el artículo 154 de la Constitución Política “(...) solo podrán ser dictadas o reformadas por iniciativa del Gobierno las leyes a que se refieren los (...) literales (...) e, del numeral 19 del artículo 150 (...)”. Así, la norma superior traída a colación establece: “(...) Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública. (...)”. (Subraya y negrilla fuera de texto).

Lo anterior significa que, de manera exclusiva, le corresponde al Gobierno nacional presentar las iniciativas concernientes con la fijación del régimen prestacional de los miembros de la Fuerza Pública –en particular los de la Policía Nacional–, de suerte que la ausencia de aval por parte del Ejecutivo representado en esta Cartera durante el trámite legislativo, podría acarrear un riesgo de inconstitucionalidad. Así lo ha manifestado la Corte Constitucional:

“(...) Ciertos asuntos objeto de regulación legal solamente pueden ser sometidos al trámite legislativo si el proyecto de ley correspondiente es presentado por el Gobierno, o coadyuvado por este, en lo que se conoce como iniciativa

privativa del Gobierno. Para la Corte es claro que, si una ley relativa a cualquiera de las enunciadas materias se dicta sin haber contado con la iniciativa o anuencia del Gobierno, es inconstitucional, pues la sanción, que es un deber del Presidente de la República no sana el vicio que afecte al proyecto por razón de su origen. La coadyuvancia admitida por la Corte, para que pueda convalidar lo actuado, debe darse en el curso de los trámites legislativos que se surten en cualquiera de las etapas constitucionales, en comisiones y plenarias de las cámaras, es decir, antes de que el proyecto pase al Presidente para su sanción y objeción, (...)”⁵.

En virtud de lo expuesto, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de manera respetuosa, se abstiene de emitir concepto favorable a la iniciativa, no sin antes reiterar la voluntad de colaborar con la actividad legislativa en términos de responsabilidad fiscal vigente.

Cordial saludo,

Paula Acosta
PAULA ACOSTA
Viceministra General

Con copia a:

Honorable Representante Silvio José Carrasquilla Torres, autor.

Honorable Representante María Eugenia Triana Vargas, ponente.

Doctor Jorge Humberto Mantilla Serrano, Secretario General de la Cámara de Representantes, para que obre en el expediente.

* * *

**CARTA DE COMENTARIOS DEL
MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO
PÚBLICO AL PROYECTO DE LEY NÚMERO
262 DE 2017 CÁMARA**

por medio del cual se crea la Contribución Solidaria a la Educación Superior y se dictan otras disposiciones sobre los mecanismos y las estrategias para lograr la financiación sostenible de la Educación Superior.

Bogotá, D. C.

Honorable Representante

RODRIGO LARA RESTREPO

Presidente

Plenaria de la Cámara de Representantes

Congreso de la República

Carrera 7 N° 8 - 68

Ciudad

Asunto: Consideraciones del Ministerio de Hacienda y Crédito Público frente a las proposiciones que actualmente se encuentran

⁴ Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones.

⁵ Sentencia C-256 de 1997.

dentro del Proyecto de ley número 262 de 2017 de Cámara, *por medio del cual se crea la Contribución Solidaria a la Educación Superior y se dictan otras disposiciones sobre los mecanismos y las estrategias para lograr la financiación sostenible de la Educación Superior.*

Respetado Presidente:

Por medio de la presente, me permito manifestar de manera atenta y respetuosa que dentro del trámite legislativo del Proyecto de ley número 262 de 2017 de Cámara, se encuentran en curso algunas proposiciones legislativas que no han sido avaladas por el Gobierno nacional – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, cabeza del sector correspondiente, en atención a lo dispuesto en el artículo 154 de la Constitución Política.

A continuación se relacionan las proposiciones que no cuentan con aval del Gobierno nacional:

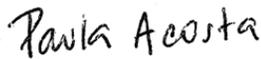
- Proposición presentada por el honorable Representante Jhon Jairo Cárdenas y la honorable Representante Lina Barrera, mediante la cual se propone adicionar cuatro funciones nuevas al Icetex y un párrafo en el marco de la modificación propuesta al **artículo 7°** del proyecto de ley. Sobre este punto, considera este Despacho inconvenientes las funciones relacionadas con la administración del portafolio del Fondo del Servicio Integral de Educación Superior -en adelante FoSIES- para la emisión de títulos de inversión obligatoria en educación; y la realización de actividades para la captación de recursos.
- Proposición presentada por el honorable Representante Jhon Jairo Cárdenas, mediante la cual se propone modificar el **artículo 8°** relativo al origen de los recursos del FoSIES, para incluir, entre otros, los recursos provenientes de las emisiones de los títulos de inversión obligatoria en educación, los provenientes de las emisiones de valores que lleve a cabo el FoSIES, los provenientes de los recursos de los fondos de pensiones obligatorias y de cesantías. Así como la inclusión de dos nuevos párrafos.
- Proposición presentada por el honorable Representante Jorge Eliécer Tamayo Marulanda y otros, para modificar el **artículo 16** del proyecto relativo a la tarifa de la Contribución Solidaria a la Educación Superior para el Servicio de Apoyo para el Acceso y Permanencia de Beneficiarios Activos en Educación Superior -en adelante la contribución SABES- con el fin de incluir un párrafo que establece que el *“valor resultante de la tarifa marginal aplicada a la base gravable no podrá afectar el mínimo vital (...)”*.
- Proposición presentada por el honorable Representante Jhon Jairo Cárdenas, para modificar el **artículo 42** del proyecto sobre “operaciones autorizadas”, en donde se elimina el numeral que dispone que el Icetex realizará las labores de fiscalización, determinación y cobro de la contribución SABES.
- Proposición presentada por el honorable Representante Ángel Antonio Villamil Benavides, para modificar el párrafo 3° del **artículo 18** del proyecto, con el fin de señalar que la obligación de pago de la contribución se exigirá en un periodo de 15 años. Al respecto, nótese que dicho párrafo no solo fue eliminado dentro del trámite legislativo, sino que además plantea un término mucho menor del inicialmente propuesto.
- Las proposiciones presentadas a los **artículos 30, 38, 39, 40 y 41** por el honorable Representante Jhon Jairo Cárdenas y otros, con el fin de que sea la UGPP y no el Icetex, la encargada de realizar la fiscalización, la determinación oficial, aplicar el régimen sancionatorio, realizar la gestión y contar con la competencia para el cobro de la contribución SABES. Se cambia la palabra “Icetex” por “UGPP”.
- Proposición presentada por la honorable Representante Olga Lucía Velásquez Nieto, en la que solicita la eliminación del **artículo 43** del proyecto, que hace referencia a la aplicación del párrafo del artículo 8° para el programa de Ser Pilo Paga. Dicho párrafo establece que *“[c]uando se requieran recursos del Presupuesto General de la Nación para vigencias futuras, el Ministerio de Educación Nacional presentará y solicitará el estudio y aprobación en el Confis de las vigencias futuras que se requieran.”*
- Proposición presentada por el honorable Representante Jhon Jairo Cárdenas, para incluir un artículo nuevo en el proyecto, con el fin de adicionar el numeral 3 al **artículo 112 Decreto 663 de 1993**, estableciendo que las entidades financieras deberán suscribir los Títulos de Inversión Obligatoria en Educación en proporción a los diferentes tipos de exigibilidad en moneda legal.
- Proposición presentada por el honorable Representante Jhon Jairo Cárdenas, para incluir un artículo nuevo con el fin de cambiar el nombre de la UGPP a “Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional

y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, y otras contribuciones.”

Como se mencionó al inicio de esta comunicación, las anteriores proposiciones no cuentan con el aval del Gobierno nacional.

Sin otro particular, este Despacho solicita respetuosamente se tengan en cuenta las anteriores consideraciones, no sin antes manifestar la voluntad de este Ministerio de colaborar permanentemente con el desarrollo de la honorable labor parlamentaria.

Cordialmente,



PAULA ACOSTA
Viceministra General
Ministerio de Hacienda y Crédito Público

* * *

**CARTA DE COMENTARIOS DE LA
UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA
AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 285 DE
2017 CÁMARA, 84 DE 2016 SENADO**

por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública en Colombia, la ley de infraestructura y se dictan otras disposiciones.

Bogotá, D. C., 2 de noviembre de 2017

Honorables Representantes

RODRIGO LARA RESTREPO

Presidente

LINA MARÍA BARRERA RUEDA

Primer Vicepresidente

GERMÁN BERNARDO CARLOSAMA
LÓPEZ

Segundo Vicepresidente

JORGE HUMBERTO MANTILLA
SERRANO

Secretario

YOLANDA DUQUE NARANJO

Subsecretaria

Cámara de Representantes; de la República de Colombia

Carrera 7 N° 8 - 58.- Bogotá D.C.

Respetada Mesa Directiva:

En consideración a que cursa en la Cámara de Representantes el debate del **Proyecto de ley número 285 de 2017 Cámara, 84 de 2016 Senado**, por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública en Colombia, la ley de infraestructura y se dictan otras disposiciones, propuesto para discusión en plenaria el próximo martes 7 de noviembre de 2017, de la manera

más atenta me permito manifestar en nombre de la Universidad Nacional de Colombia, nuestra oposición a la modificación al **literal c) del numeral 4 del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, modificado por los artículos 92 y 95 de la Ley 1474 de 2011**, que busca excluir de la modalidad de contratación directa, los contratos de interventoría de obra y consultoría en ingeniería para obra cuando las ejecutoras sean las Instituciones de Educación Superior Públicas, estableciendo la obligatoriedad de participar en procesos plurales de selección.

Consideramos altamente inconveniente la modificación propuesta dado que limita la posibilidad de desarrollar los fines misionales de las Universidades Públicas, particularmente de las funciones misionales previstas en el Decreto-ley 1210 de 1993¹ actual Estatuto Orgánico de la Universidad Nacional de Colombia,

Agradezco su amable atención.

Cordialmente,



JAIME FRANKY RODRÍGUEZ
Vicarrector de Sede
Anexo: DJN-M-1093-2017 y sus respectivos anexos en treinta (30) folios.

Bogotá, D. C., 13 de junio de 2017

Profesor

IGNACIO MANTILLA PRADA

Rector

Universidad Nacional de Colombia

Asunto: Proyecto de ley número 84 de 2016 Senado

Proyecto de reforma al Estatuto de Contratación de la Administración Pública

Respetado señor Rector:

En el Congreso de la República cursa por iniciativa del Gobierno nacional el Proyecto de ley número 84 de 2016 Senado, mediante el cual se propone adicionar, modificar y dictar otras disposiciones orientadas a fortalecer la

¹ “Artículo 2°. Fines. U Universidad Nacional de Colombia tiene como fines:

(...)

g) Estudiar y analizar los problemas nacionales y proponer, con independencia, formulaciones y soluciones pertinentes;

h) prestar apoyo y asesoría al Estado en los órdenes científico y tecnológico, cultural y artístico, con autonomía académica e investigativa;

i) Hacer partícipes de los beneficios de su actividad académica e investigativa a los sectores sociales que conforman la Nación colombiana;

j) Contribuir mediante la cooperación con otras universidades e instituciones del Estado a la promoción y al fomento del acceso a educación superior de calidad;

contratación estatal en Colombia, reformando normas del estatuto general de contratación de la administración pública.

Una de sus disposiciones es de interés para la Universidad, pues obligaría a las universidades públicas a participar en licitaciones o concursos para ejecutar contratos de consultoría de estudios y diseños de obra e interventoría de obra que actualmente pueden ser celebrados sin necesidad de esos procesos, directamente a través de convenios o contratos interadministrativos.

Dado que en estos campos la Universidad ejecuta acciones de extensión a través de convenios y contratos, hemos considerado pertinente referirnos a la iniciativa y a los argumentos que la justifican, en vista del eventual impacto en las actividades de extensión que se ejecutan a través de contratos interadministrativos que se celebran directamente.

De acuerdo con lo anterior, en documento adjunto remitimos nuestro análisis, del cual se derivan las siguientes conclusiones generales.

1. La contratación directa con universidades y los antecedentes legislativos a favor de su consagración expresa en beneficio de estas

La norma que pretende modificarse desfavorablemente para las universidades, resultó de un largo debate en el que el legislador abordó ampliamente y a favor de las instituciones de educación superior la cuestión relativa a la importancia de esta contratación para ellas, y en el cual se expusieron propuestas que se dirigían a asegurar su autonomía en la ejecución. En esto, se documenta la intervención de la Universidad Nacional, que con un sentido estratégico para el sostenimiento de las universidades y sus posibilidades competitivas aportó al debate y a la construcción de la norma.

Como resultado, el legislador fijó una regla acorde al ordenamiento jurídico para que las instituciones de educación superior presten sus servicios a otras entidades estatales y ejecuten objetos para lo cual cuentan con la capacidad legal, sin que ello desdibuje su naturaleza o su razón de ser desde el punto de vista de sus objetivos y fines misionales de acuerdo con la ley y la Constitución.

Por lo tanto, la actual iniciativa coincide con posturas que en su momento fueron expuestas y que quisieron convertirse en norma, pero que en un debate razonado desde el punto de vista de las instituciones de educación superior públicas terminaron por ceder ante la evidente importancia de adoptar una regla conveniente para el conjunto de entidades públicas, armonizado con el principio de autonomía universitaria.

2. La contratación con universidades no puede verse como acto de competencia, ni la contratación directa como competencia desleal

La exposición de motivos del proyecto de ley afirma que la posibilidad legal de las universidades

públicas para estos contratos interadministrativos fomenta la competencia desleal.

No obstante, conforme a la Ley 256 de 1996, los actos constitutivos de competencia desleal son los allí señalados expresamente, entre los cuales no es posible incluir en abstracto que la autorización legal para contratar directamente con las universidades públicas sea desleal, porque con ello se ejerce una facultad y función misional, que la ley les asigna a estas, cuyo ejercicio responde además al deber constitucional de colaboración y coordinación con las entidades estatales.

Por otra parte, podría inferirse que la propuesta legislativa propiciaría un espacio de competencia entre instituciones públicas de educación superior y las empresas o sociedades dedicadas a los objetos que pretenden regular, dando a las primeras un tratamiento discordante con su naturaleza y con su régimen legal, desconociendo que en la ejecución de contratos interadministrativos, ellas cumplen un deber legal de coordinación con el Estado y una función que la misma ley les asigna.

3. La contratación interadministrativa y el principio de coordinación y colaboración entre entidades públicas

La contratación interadministrativa se concibe como modalidad de contratación directa, pero no obliga a las entidades estatales a hacer uso de ella, pues se mantienen vigentes los principios que rigen esa actividad, en especial los de transparencia y selección objetiva.

En ese sentido, la celebración de contratos interadministrativos de interventoría y consultoría con universidades no es un acto discrecional de las entidades públicas, sino que es resultado del cumplimiento de los principios y procedimientos del Estatuto de la Contratación Administrativa. En ello, por lo demás, no inciden en ninguna forma los entes de educación superior, que no tienen competencia decisoria frente a los trámites precontractuales de las entidades públicas y se limitan a presentar sus ofrecimientos.

Las normas de contratación interadministrativa y los principios contractuales dirigen a las entidades públicas en su gestión contractual y obligan a observarlos y aplicarlos, con el propósito de garantizar la escogencia del sujeto que más convenga al Estado como contratista. La participación de las instituciones de educación superior en la ejecución de contratos públicos para los que han sido seleccionadas directamente es resultado del proceso que aquellas adelantan, en virtud del cual, estas son identificadas como la alternativa adecuada a la planeación pública para la contratación y ejecución de los contratos.

En este contexto, la iniciativa legislativa debería centrarse en controles en la gestión pública contractual de las entidades a las que cobija el estatuto de contratación pública, y no adoptar medidas que solo limitan la participación de las Universidades públicas, con la afectación

en su función de extensión, atribuyendo a estas la responsabilidad sobre los usos que se le dan esta modalidad.

La autonomía de los entes universitarios no es la causa del problema, pues pese a su carácter autónomo, los entes universitarios públicos hacen parte del Estado y esa autonomía justifica los diversos mecanismos legales de articulación con otras entidades, además que como ente estatal se justifica su tratamiento especial. En otras palabras, su autonomía no justificaría que en el contexto de una medida, el tratamiento que en últimas se dé a los entes universitarios estatales sea equiparable al de las empresas privadas.

4. La iniciativa debería dirigirse a las entidades contratantes y no a limitar las posibilidades de desarrollo de las Universidades

Es equivocado atribuir a las universidades públicas *“la cuestionada práctica en la cual este tipo de instituciones realiza contratación directa sin que medie proceso de selección alguno para ejecutar este tipo de obras y consultorios propios del gremio de la ingeniería”*, pues no es correcto considerar que la contratación directa sea una modalidad de selección que la ley deja al arbitrio de las universidades, cuando en su sentido más claro son las entidades contratantes las que en cumplimiento de las reglas del estatuto general de contratación optan por esta modalidad de selección a partir de sus estudios previos y procedimientos.

La iniciativa debería orientarse a solucionar los problemas que se derivan del inadecuado uso de la modalidad de contratación directa, estableciendo controles u otras medidas, sin que con ello se limiten las posibilidades de desarrollo de las universidades públicas y su ejercicio misional puesto al servicio del Estado en procura de la colaboración con otras entidades.

Contrario a concentrar las acciones en el ámbito del control y fiscalización, lo que pretende la iniciativa legislativa es imponer medidas a los entes universitarios que por mandato legal responden al principio de colaboración y cooperación y ofrecen sus servicios para la ejecución de proyectos sobre los que recae el mismo interés público.

5. La función de extensión como función sustantiva de los entes universitarios públicos y su articulación con la contratación interadministrativa

Para el proyecto *“nada resulta más alejado de la búsqueda de los fines de la educación, que perseguir la obtención de lucro o través del sistema de compras públicas, cuando a través de la contratación debe buscar la forma de desarrollar los objetivos consagrados en la Ley 30 de 1992.”*

Contrario a esta afirmación, la prestación de servicios a través de la celebración de contratos interadministrativos con entes públicos sirve no solo para realizar los fines e intereses del Estado en la actividad contractual, sino para el

cumplimiento de los fines y objetivos dados a los entes universitarios que cumplen una función esencial para el desarrollo económico, político, social y cultura del país.

Esta función persigue objetivos que la misma ley fija para la educación superior y sus instituciones, y por tanto, se requieren formas concretas para cumplir con el objetivo que la Ley le fija a la educación superior y a las instituciones a través de la extensión, en lo concerniente a la Universidad Nacional de Colombia, de conformidad con sus fines, el Decreto 1210 de 1993 fija un régimen contractual y de asociación especial en el ámbito del principio constitucional de autonomía universitaria.

Cuando la iniciativa legislativa se refiere a la contratación interadministrativa como una actividad tejana a los fines de la educación, desconoce que esta sea un mecanismo apto para la de Colombia realización misma de los objetivos de la educación superior y de sus instituciones, tal como lo indica la Ley 30 de 1992.

6. La financiación de las universidades públicas

Cuando el proyecto de ley se justifica en que las universidades públicas argumentan que la posibilidad de celebrar contratos interadministrativos les permite tener márgenes de sostenibilidad y lo contradice afirmando que *“lo cierto es que a través del presupuesto asignado por el Gobierno nacional y de los entes territoriales se garantiza dicha sostenibilidad”*, no da cuenta de los amplios debates que desde la realidad de las universidades se han presentado sobre su situación financiera.

Pese a que en materia presupuestal la autonomía universitaria garantiza que las instituciones de educación superior públicas se den y ejecuten su propio presupuesto con independencia y propone una fórmula de actualización constante del aporte a las instituciones públicas de educación superior, distintas circunstancias y decisiones gubernamentales, legales y políticas han afectado directamente el presupuesto de estas instituciones.

El desfinanciamiento progresivo de las instituciones de educación Superior ha quedado evidente; la realidad es distinta a la planteada en la exposición motivos de la iniciativa legislativa, pues la exigencia a las universidades públicas en materias que impactan sus gastos de funcionamiento e inversión ha generado una mayor necesidad presupuestal con el riesgo de desfinanciamiento de sus actividades fundamentales.

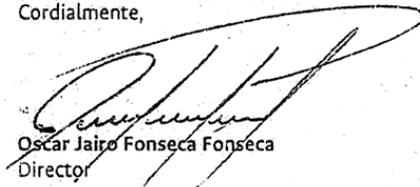
Por lo tanto, el proyecto de ley parte de una consideración que, como otras, desconoce el estado real y actual de la situación de la educación y la importancia que representa en ese contexto la posibilidad de que las universidades públicas presten servicios y ejecuten actividades mediante la contratación interadministrativa. Además, esto plantea una correlación entre la exigencia del

Estado a las universidades públicas, la posibilidad de encontrar fuentes de financiación y la función que estas cumplen a través de la extensión.

Dejamos a su consideración lo expuesto en el documento adjunto, quedando atentos a cualquier requerimiento que sobre el particular nos pueda manifestar con el propósito de apoyar cualquier iniciativa que decida emprender.

Cordialmente,

Cordialmente,



Oscar Jairo Fonseca Fonseca
Director

Adjunto: Documento de análisis (13 folios)

Anexo del Oficio DJN-M-1093-2017

Asunto: Proyecto de ley número 84 de 2016 Senado

Proyecto de reforma al Estatuto de Contratación de la Administración Pública

En el Congreso de la República cursa el Proyecto de ley número 84 de 2016 Senado, mediante el cual el Gobierno nacional a través del Ministerio de Transporte propone adicionar, modificar y dictar otras disposiciones orientadas a fortalecer la contratación estatal en Colombia, reformando las normas que componen el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Entre las disposiciones del proyecto, una en particular es de interés para la Universidad, pues implicaría suprimir la excepción expresa que la ley vigente contempla para que las entidades estatales puedan contratar consultorías de estudios y diseños de obra e interventorías de obra bajo la modalidad de selección de contratación directa a través de convenios o contratos interadministrativos con instituciones de educación superior públicas, campos en los que la Universidad ejecuta acciones de extensión a través de convenios y contratos.

En consecuencia, la norma pretende cuando esté vigente, que las instituciones de educación superior puedan ejecutar por sí o por interpuesta persona tales contratos solamente si resultan seleccionadas en procesos de licitación pública o selección abreviada, modalidades que están reguladas por el Estatuto de contratación de la administración pública, y ya no a través de la modalidad directa de contratación como actualmente se aplica.

Para consideración de las áreas y unidades académicas básicas que tengan relación con la fijación de políticas, coordinación y ejecución en el campo de la función de extensión, a continuación presentamos nuestro análisis al respecto, con el propósito adicional de determinar si por parte de la Universidad es necesario fijar alguna posición

pública al respecto o algún mecanismo para integrarse al debate y plantear las conclusiones a las que llegue.

Para lo anterior, no obstante, será pertinente el pronunciamiento previo de las Direcciones que puedan plantear argumentos frente a los motivos que expone el proyecto como justificación y que como se verá, se centran en cuestiones económicas y financieras de las universidades públicas y la relación existente entre la contratación para la ejecución de contratos de consultaría en ingeniería e interventoría y el ejercicio de las función misional de los entes universitarios públicos.

Norma vigente y propuesta de modificación

En el régimen general de la Administración Pública, el artículo 2° de la Ley 1150 de 2007 enuncia las modalidades de selección y contratación, en cuyo numeral 4 señala en qué casos es posible la modalidad directa, como excepción al principio general de selección mediante licitación o concurso.

Según la norma vigente (específicamente el literal c) del numeral en mención y conforme a las modificaciones introducidas por la Ley 1474 de 2011), se puede utilizar esta modalidad de selección cuando se trate de contratos interadministrativos, que en términos generales corresponde a aquellos celebrados entre entidades públicas, siempre y cuando correspondan con los siguientes supuestos:

- Que las obligaciones derivadas del contrato tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora segunda ley o los reglamentos.
- Que no se trate de contratos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior sean las ejecutoras.
- Que se sometan al régimen de la Ley 80 de 1993, aun en el caso de que la ejecutora tenga un régimen de contratación propio, salvo que la entidad compita con el sector privado o la ejecución del contrato interadministrativo tenga relación con el desarrollo de su actividad.

El proyecto de ley se radicó como una propuesta de nueve artículos, entre los cuales el siguiente es al que se referirá el análisis por ser de interés para la Universidad:

“Artículo 5°. *Modifíquese el literal c) del numeral 4 del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, modificado por los artículos 92 y 95 de la Ley 1474 de 2011, el cual quedará así:*

Contratos interadministrativos, siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan

relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos.

*Se exceptúan los contratos de obra, **interventoría de obra, consultoría en ingeniería para obra**, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública cuando los institucionales de educación superior públicas o las Sociedades de Economía Mixta con participación mayoritaria del Estado, o las personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas, o las federaciones de entidades territoriales sean las ejecutoras. Estos contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que participen en procesos de licitación pública o contratación abreviado de acuerdo con lo dispuesto por los numerales 1 y 2 del presente artículo.*

En aquellos eventos en que el régimen aplicable a la contratación de la entidad ejecutora no sea el de la Ley 80 de 1993, la ejecución de dichos contratos estará en todo caso sometida a esta ley salvo que la entidad ejecutora desarrolle su actividad en competencia con el sector privado o cuando la ejecución del contrato interadministrativo tenga relación directa con el desarrollo de su actividad.

En aquellos casos en que la entidad estatal ejecutora deba subcontratar algunas de las actividades derivadas del contrato principal, no podrá ni ella ni el subcontratista, contratar o vincular a las personas naturales o jurídicas que hayan participado en la elaboración de los estudios, diseños y proyectos que tengan relación directa con el objeto del contrato principal.

Estarán exceptuados de la figura del contrato interadministrativo, los contratos de seguro de las entidades estatales”.

En el citado artículo se resalta el cambio sustancial que interesa a la Universidad. Este corresponde a la propuesta tal como fue aprobada en segundo debate realizado el pasado 23 de mayo, según el texto publicado en la **Gaceta del Congreso** número 401 de este año.

Según esta disposición, se incluirían en la prohibición de contratación directa los contratos cuyo objeto corresponda a interventoría de obra y a consultoría en ingeniería para obra, cuando estos sean ejecutados por instituciones de educación superior.

Nuestro análisis se expondrá a partir de la exposición de motivos, pues si bien es claro que la norma como sería aprobada impactaría los intereses de las universidades públicas, son precisamente los argumentos en que se pretende justificar los que dan cuenta de la inconveniencia de aprobar una modificación a la ley en ese sentido.

Exposición de motivos y justificación de ampliar la prohibición en relación con los contratos interadministrativos con instituciones de educación superior públicas

El proyecto de ley se justifica en términos generales en la necesidad de fortalecer y dotar de mayor eficiencia y transparencia la gestión contractual, lo cual parece tener mayor relación con otras disposiciones planteadas que con aquella que llama nuestra atención, y que se requieren por distintas razones como la posibilidad de aprovechar las grandes inversiones en obras de infraestructura que adelanta el país.

Así mismo, el proyecto se motiva en “la necesidad de eliminar una serie de sesgos interpretativos que han hecho carrera en las entidades contratantes”, y la intención de disminuir la ocurrencia de fenómenos como la adjudicación a proponentes menos idóneos a partir de interpretaciones contrarias al principio de contratación y que generan retrasos, sobrecostos y procesos judiciales.

Por último, aunque el proyecto de ley menciona que su articulado fue “*resultado de un amplio proceso de discusión y análisis de las diversas inquietudes y propuestas planteadas por los diferentes actores de la contratación pública*”, valdría cuestionarse si en ese proceso se tuvo en cuenta la posición de las universidades públicas, pues por las razones que se reseñarán a continuación, habrían podido plantear alternativas a partir de la consideración de la importancia de la disposición para estas según sus intereses académicos, investigativos y de extensión, pero además desde su rol de entidad pública con fines y objetivos establecidos legal y constitucionalmente según los cuales cumple una misión en nombre del Estado.

Sobre el artículo 5° de la propuesta, que específicamente establece la disposición que interesa para la Universidad en el presente análisis, la exposición de motivos que presenta el Gobierno nacional - Ministerio de Transporte se centra en consideraciones como las siguientes para justificar incluir en la prohibición de celebrar directamente contratos interadministrativos con instituciones de educación superior públicas, los contratos de interventoría de obra y de consultoría en ingeniería para obra:

- La posibilidad legal de que las universidades públicas celebren contratos interadministrativos para realizar actividades de consultoría en ingeniería e interventoría fomenta la competencia desleal.
- Pese a que las universidades públicas argumentan que la posibilidad de celebrar Universidad contratos interadministrativos para, la prestación de servicios de interventoría y de consultoría en ingeniería para obra les permite ser sostenibles financiera-

mente, el de Ministerio de Transporte en su propuesta señala que *“lo cierto es que a través del presupuesto asignado por el Gobierno nacional y de los entes territoriales se garantiza dicha sostenibilidad y expone como muestra de ellos, que “los recursos destinados en los últimos años han presentado un incremento, a tal punto que en el Presupuesto General de la Nación para el año 2015, se indicó que tendrá como gran logro histórico que los recursos para la educación (por \$28,9 billones) superarán por primera vez a los del sector defensa (\$28,2 billones)”*.

- *“Nada resulta más alejado de la búsqueda de los fines de la educación, que perseguir la obtención de lucro a través del sistema de compras públicas, cuando a través de la contratación debe buscar la forma de desarrollar los objetivos consagrados en la Ley 30 de 1992.”*
- Las estampillas aprobadas en los últimos años garantizan recursos para invertir en infraestructura de las universidades públicas, cuya fuente es precisamente la suscripción de contratos de obra pública y conexos.
- Se han documentado diversos casos que evidencian la deficiencia de los servicios de ingeniería, de consultoría y de interventoría, además del uso de este mecanismo de selección para eludir el Estatuto General de contratación y por esta vía se adjudiquen contratos sin el cumplimiento de los requisitos contractuales.

La ponencia para primer debate compartió los argumentos presentados en la exposición de motivos, manifestando su acuerdo en que las instituciones de educación participen con otros proponentes en procesos de licitación pública o concursos de mérito, pues en su opinión resulta reprochable *“la cuestionada práctica en la cual este tipo de instituciones realizó contratación directa sin que medie proceso de selección alguno para ejecutar este tipo de obras y consultorías propias del gremio de la ingeniería.”*

Consideraciones

1. Sobre el origen de la norma modificada

Aunque en la exposición de motivos se afirma que *“a través del artículo 92 de la Ley 1474 de 2011 se dio la oportunidad a las Universidades Públicas, vía contratos interadministrativos, de realizar actividades de consultoría en ingeniería e interventoría”*, con anterioridad a esa norma ya existía esa posibilidad, que incluso ya estaba expresada en la Ley 1150 de 2007, pues precisamente el objeto de la Ley 1474 de 2011, fue modificarla en ese aspecto.

Lo que quiso la Ley 1474 de 2011 frente a la disposición que restringía la contratación directa con universidades públicas por la vía de contratos administrativos únicamente para los objetos que ella mencionaba y que ahora quiere extenderse a la interventoría y consultoría en ingeniería para obra, fue incluir algunas especificaciones relativas al alcance frente al tipo de entidades a quienes se aplicaría la excepción, lo cual representa una gran diferencia entre la intención del legislador de entonces y el actual, que además no concuerda con el sentido original dado a la norma según el debate que precedió la expedición de la Ley 1150 de 2007.

2. La contratación directa con universidades y los antecedentes legislativos a favor de su consagración expresa en beneficio de estas

En lo que respecta a la Ley 1150 de 2007 y la excepción que quiere extenderse con la actual propuesta, resulta útil consultar los motivos que sirvieron para que en ella se fijara una excepción a la contratación directa limitada a los objetos contractuales que se encuentran en la norma vigente.

La Ley 1150 de 2007 se tramitó bajo el Proyecto de ley número 20 de 2005 Senado, 57 de 2006 Cámara. En este, la norma que interesa a nuestro análisis fue redactada en los siguientes términos:

“Contratos interadministrativas, con excepción del contrato de seguro y en general aquellos contratos que tengan por objeto la adquisición de bienes y servicios que sean ofrecidos en el mercado por entidades estatales y particulares. Igualmente estarán exceptuados los contratos celebrados con asociaciones o cooperativas de entidades territoriales”.

Puede observarse que la propuesta inicial es distinta a la que finalmente se aprobó, pues no incluía la disposición sobre los contratos interadministrativos celebrados con instituciones de educación superior de naturaleza pública que fue incluida en su redacción final. Es a lo largo del debate del proyecto que se suscita la cuestión relativa a la importancia de esta contratación para las universidades y también se presentan propuestas que inicialmente se dirigían a asegurar su autonomía en la ejecución y que luego se perfeccionan con la intervención incluso de la Universidad Nacional y con un sentido estratégico para el sostenimiento de las universidades y sus posibilidades competitivas, hasta redactar la norma vigente que contiene la Ley 1150 de 2007, sin perjuicio de las modificaciones que introdujo la Ley 1474 de 2011.

Para el cuarto debate del proyecto de ley que tuvo lugar en la Cámara de Representantes, tanto la ponencia elaborada como los argumentos presentados durante el mismo, recogen argumentos que permitieron incluir en el texto definitivo de la ley la disposición comentada.

Así por ejemplo, en la ponencia para el segundo debate¹, se reseñaron modificaciones sobre la propuesta en relación con las causales de contratación.

Por una parte, se explicó la modificación del inciso 1° del artículo que consistió en “señalar que las instituciones de educación superior pública en la ejecución de contratos interadministrativos estarán sometidas a las disposiciones de la Ley 80 de 1993”, y se justificó en el manejo que entonces se daba a los contratos interadministrativos, “los cuales son utilizados por las entidades estatales para contratar de manera directa las universidades, las que a la postre o resultan ejecutando obras como la construcción de edificios, vías, plazas de mercado, hospitales, etc., o utilizan para ello el mecanismo de la subcontratación con particulares sin previo adelantamiento de los procesos de selección pública, a que se refiere la Ley 80 de 1993.”

El sentido de la disposición según la ponencia era asegurar que “en adelante las entidades ejecutoras, incluidas las instituciones de educación superior independientemente de su régimen contractual, están obligadas a aplicar la Ley 80 de 1993 para la ejecución de los contratos interadministrativos y se corrige una práctica que se presenta en la actualidad en el sentido de frenar las posibilidades de subcontratación desconociendo los procesos de selección y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de la Ley 80 de 1993, amparados en lo aplicación de un régimen de contractual distinto”.

Por otra parte se hizo mención de la posterior modificación de la propuesta en materia de contratos interadministrativos celebrados con instituciones públicas de educación superior, que frente a la propuesta de incluir estas dentro del régimen de Ley 80 de 1993 plantearía una salvedad cuando el objeto contractual correspondiera al desarrollo de actividades directas y propias de la academia. Al respecto, se dijo en esa ponencia:

“En relación con los contratos interadministrativos, en cuanto a la decisión de incluir a las instituciones de educación superior dentro del régimen de la Ley 80 de 1993 se hace conforme o la propuesta del honorable (sic) William Vélez, una salvedad en relación con las mismas, al establecer que cuando se trate de contratos ejecutados por los entes universitarios autónomos, y que el objeto de los mismos sea exclusivamente el desarrollo de actividades directas y propias de la academia como la docencia y la investigación, no estarán sometidos a las previsiones de la citada ley”.

El texto que se propuso en esta ponencia, conforme fue aprobado en la Comisión, fue el siguiente:

“c) Contratos interadministrativos, siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos. En aquellos eventos en que el régimen de la ejecutora no sea el de la Ley 80 de 1993 incluidas las instituciones de Educación Superior Públicas, la ejecución de tales contratos estará sometido a la Ley 80 de 1993.

En aquellos casos en que la entidad estatal ejecutora deba subcontratar algunas de las actividades derivadas del contrato principal, no podrá ni ella ni el subcontratista, contratar o vincular a las personas naturales o jurídicas que hayan participado en la elaboración de los estudios, diseños y proyectos que tengan relación directa con el objeto del contrato principal.

Estarán exceptuados de la figura del contrato interadministrativo, los contratos de seguro de las entidades estatales.”

Resulta importante citar el texto propuesto en esta ponencia, porque sirve para mostrar que fue en el cuarto debate donde se definió el texto de la norma sobre contratos interadministrativos que se incluyó en la Ley 1150 de 2007 y que estableció expresamente el alcance de la facultad de las entidades públicas para contratar directamente con las universidades, a excepción de los contratos de obra, suministro, encargo fiduciario y fiducia pública.

Durante el cuarto debate² se registran cambios a la propuesta en relación con la contratación con universidades, aludiendo en varios de los argumentos expuestos por los miembros de la Cámara de Representantes a la intervención concertada de las universidades públicas, entre ellas la Universidad Nacional, a las que se atribuye la redacción de la norma.

En este debate se documentan posturas como las siguientes:

“(…) hay unos aspectos en los cuales quiero puntualizar y son dos particularmente, el tema de las universidades, por ejemplo es un tema que si bien es cierto ha habido el desborde y se han utilizado las universidades para fines diferentes a los que deberían estar prestando estas instituciones, se han prestado para distorsionar el fin misional de las universidades en un momento dado, pero tampoco es justo que se le cierre el paso definitivamente a que las universidades puedan hacer contratos interadministrativos, exclusivamente referidos al fin que tiene la universidad, al fin misional de las universidades”. (Representante Jorge Enrique Rozo).

“Sobre este artículo, básicamente lo que ha venido operando es una serie de posiciones de

¹ *Gaceta del Congreso* número 96 del 27 de marzo de 2007.

² *Gaceta del Congreso* número 289 del 15 de junio de 2007, Acta plenaria 49 del 15 de mayo de 2007.

las diferentes universidades, pero ya se hizo una reunión en donde el Rector de la Universidad de Antioquia, y varios de los rectores acordaron un texto, texto que me parece a mí consulta la realidad establece unos límites serios frente a los que es el tema relativo a la contratación interadministrativa por parte de las universidades. Hay una observación que hace el doctor David Luna, y que me parece que también tiene validez, es una aditiva y yo quisiera que él la explicara y que la Plenaria supiera que de parte de los Ponentes, la vemos con buenos ojos, nos parece que genera un marco conceptual mucho más específico, y que es una propuesta aditiva, diseñada o presentada por el Rector de la Universidad Nacional". (Representante Germán Varón Cotrino).

"(...) nosotros en nuestra calidad de Representantes hemos recibido una propuesta hecha por el señor Rector de la Universidad Nacional, a propósito de la situación que en contratación pública específicamente en convenios interadministrativos se vienen presentando con las universidades públicas. // Para nadie es un secreto de los abusos que en el pasado en esta materia se han presentado (...).

Nosotros estamos proponiendo que aprueben, honorables parlamentarios, una proposición aditiva que sea todavía más estricta y más clara para tomar determinaciones sobre esta materia y que básicamente está encaminada a prohibir la posibilidad de que la universidad pública a través del contrato interadministrativo tenga la posibilidad de bien sea llevar a cabo contratos de obras, contratos de suministro, encargo fiduciario o fiducia pública, que es básicamente en lo que en el pasado se han venido generando los abusos, además señalando en primer lugar respetar el artículo 69 a propósito de la autonomía y en segundo lugar tener la posibilidad de participar, si bien lo estima conveniente, a través de otra serie de actividad con la licitación pública en otro tipo de contratos, básicamente lo que estamos haciendo con esta propuesta es habilitar, claro que sí, en un caso particular, que sería el contrato de consultoría, en virtud de que las universidades básicamente eso es lo que vienen prestando". (Resaltado propio - Representante David Luna).

"(...) nosotros hemos venido discutiendo con las universidades públicas este tema, y con ellos con los rectores de las universidades públicas hemos concertado un texto, nos ha parecido que el texto que aparecen en la ponencia es un texto bueno, que recoge el sentir de las universidades, porque con base en la autonomía universitaria que determina la Constitución y la Ley 30, las universidades pueden tener sus propios estatutos de contratación y eso permite que las universidades no se pongan en inferioridad de condiciones con las universidades públicas a las universidades privadas. En ese sentido compartimos el texto que aparece en la ponencia

y que fue concertado con una gran cantidad de rectores de universidades públicas, pero nos parece que el texto de la Universidad Nacional introduce alguna claridad mayor en el sentido de que sí nos parece que debe ser explícito el que la universidad no se involucre en la ejecución de contratos de obra, o de fiducia, que no son parte de lo misión esencial de la universidad". (Representante Jaime de Jesús Restrepo).

"(...) yo quiero señalar simplemente que hay necesidad de que volvamos los ojos a la universidad pública, en cada momento se les está introduciendo nuevas normas que vulneran su autonomía, el Plan Nacional de Desarrollo sabemos que ha causado graves problemas y por eso hoy universidades públicas se encuentran en un cese de actividades, creo que necesitamos es hacer normas que favorezcan a la universidad y en ningún momento normas que vayan en contra de su autonomía, autonomía dada por la Constitución Política de Colombia, en su artículo 69, en ese sentido queremos que en este proyecto de ley la universidad pública salga protegida y pueda en los contratos interadministrativos que está regida por su propia contratación, por la que está regulada por los estatutos de cada una de las universidades. Pero comparto totalmente la propuesta del doctor Jaime Restrepo, y del doctor Luna, con lo proposición que nos presenta el señor Rector de la Universidad Nacional, es mucho más explícita y permite que se ubique con toda claridad lo que debe ser esta contratación interadministrativa (...). Estamos absolutamente, de acuerdo en un texto que yo habíamos acordado, hoy llega una propuesta del señor Rector de la Universidad Nacional, que es aún más explícita, que creo que estamos de acuerdo absolutamente todos los Representantes, para que aprobemos ese texto (...)". (Representante Pedro Vicente Obando Ordóñez).

"(...) ayer tuvimos la oportunidad de dialogar la bancada antioqueña, con el Vicerrector de la Universidad Nacional, y aquí tuvimos la oportunidad de entregar un informe de esa gran inversión social que con base en esas normas que le da la Ley 80, dos universidades públicas como la Universidad de Antioquia y el Politécnico Jaime Isaza Cadavid, han hecho de esa figura, una figura que beneficia a estas dos universidades públicas, igual nos lo demostró ayer la Universidad Nacional (...) y por eso entonces se discutió los términos que el doctor Luna leyó la propuesta y por eso la firmamos, porque consideramos que esa es una oportunidad que se les da a las universidades para que sigan trabajando, pero dentro de unos esquemas mucho más concretos, más idóneos, de mayor eficiencia y mucho más claros para tratar de que ellos sigan construyendo unos importantes (...). (Representante Carlos Alberto Zuluaga).

"(...) nuestro Partido Cambio Radical también tenía esa preocupación, especialmente porque el espíritu de la norma, contrario a lo que en

el artículo 69 de la Constitución se dice de la autonomía universitaria, se veían inconvenientes en este momento, por eso pienso que la proposición presentada por la Universidad Nacional, a la cual se une la Universidad de Antioquia, la Universidad del Cauca también y las universidades públicas, que hemos venido defendiendo a lo largo del tiempo, porque queremos que compitan con equidad frente a la universidad privada. En esta proposición que se ha presentado prácticamente que se recoge la inquietud que teníamos, que salgan lógicamente los contratos de obra civil, los encargos fiduciarios, o los contratos de seguros, estamos de acuerdo, pero que no se paralice el funcionamiento, especialmente de las universidades que han cumplido a cabalidad con todas las normas que las diferentes leyes les han venido proponiendo a ellos, queremos que se dinamite este trabajo universitario público. **Son ellos el elemento integrador entre el conocimiento y la posibilidad de acercarse al sector productivo, y por ende al trabajo y combatir ese desempleo que hay (...)**". Representante Felipe Fabián Orozco Vivas).

Resulta claro que lo expuesto a lo largo del debate de la norma que en principio facilitó la contratación directa de las entidades públicas con las universidades públicas desarrolló y agotó un debate en torno a su capacidad, las posibilidades y ventajas de este tipo de contratación y a la importancia que reviste para ellas la oportunidad de colaborar con el Estado a través de la articulación de su actividad misional con la gestión contractual que adelantar, otras entidades que conforman la administración pública.

Los argumentos expuestos entonces resaltan por su vigencia, en lo que coincide con otras consideraciones a las que se aluden en este documento. Resulta válido entonces considerarlos, con miras a integrarlos eventualmente a una expresión de interés de la Universidad en el trámite de la actual iniciativa legislativa, en caso de que se considere relevante tal intervención.

3. Sobre el argumento de la competencia desleal

La exposición de motivos del proyecto de ley en curso lo justifica, entre otras razones, en la afirmación de que la posibilidad legal de que las universidades públicas celebren contratos interadministrativos para realizar actividades de consultoría en ingeniería e interventoría fomenta la competencia desleal.

Cuando la exposición de motivos señala que la contratación directa fomenta la competencia desleal, así en términos genéricos, la primera observación que suscita tal argumento se dirige a resaltar que en el mismo no se aclara qué tipo de conducta desleal es la que se está desplegando al amparo de la norma, como también omite identificar cuál es el sujeto activo de la misma, esto es, quién lo está realizando.

La observación se fundamenta en que conforme a la Ley 256 de 1996, los actos constitutivos de competencia desleal son los allí señalados expresamente, entre los cuales, no es posible concluir en abstracto cuál entre ellos es el que se realizaría por efecto de la autorización dada por la ley a las entidades públicas para contratar directamente con las universidades públicas, ni de la facultad ni función misional que la ley le asigna a estas últimas, cuyo ejercicio responde además al deber constitucional de colaboración y coordinación con las entidades estatales.

De igual manera, tal argumento se presenta sin precisar cómo las universidades públicas compiten en el mercado con otros agentes económicos, si estas tienen un fin concurrencial y si esto es susceptible de ser considerado, teniendo en cuenta que al igual que otras entidades públicas, celebran contratos administrativos para la ejecución de objetos para el cual tienen capacidad legal y experiencia. Esto sin dejar de lado, como se indicará más adelante, que la contratación interadministrativas reporta ventajas y beneficios y se constituye así mismo como una concreción de principios y deberes constitucionales y legales.

La Ley 256 de 1996 se fija como objeto "garantizar la libre y leal competencia económica, mediante la prohibición de actos y conductas de competencia desleal, en beneficio de todos los que participen en el mercado" (artículo 1°), para lo cual, además de los actos que concretamente enuncia, establece una prohibición general en los siguientes términos: "Quedan prohibidos los actos de competencia desleal. Los participantes en el mercado deben respetar en todas sus actuaciones el principio de la buena fe comercial". (Artículo 7°)

Aun cuando no detalla un concepto de competencia desleal, la ley considera que la constituye "todo acto o hecho que se matice en el mercado con fines concurrenciales, cuando resulte contrario a las sanas costumbres mercantiles, al principio de la buena fe comercial, o los usos honestos en materia industrial o comercial, o bien cuando esté encaminado a afectar o afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor, o el funcionamiento concurrencial del mercado". (Artículo 7°).

En estos términos, se entiende que las normas que sancionan la competencia desleal "buscan preservar la lealtad en los mecanismos que se utilizan para competir en el mercado, lo cual conduce a que la competencia en el mercado sea libre, gracias a que a través de la represión de los actos de competencia desleal se consigue la preservación de un mercado transparente"³.

³ Kovács, Jorge Jaeckel; Montoya Naranjo. Claudia. *La deslealtad en la competencia desleal: Qué es, cómo se establece en las normas, qué se debe probar y quién la debe probar*. En <https://centroceder.files.wordpress.com/2010/06/4-la-deslealtad.pdf>, visto el 9 de marzo de 2017.

Pese a que estaría pendiente la discusión acerca de si las universidades públicas participan en un mercado y si en este puede considerarse que el ejercicio de una función legal corresponde a un acto de competencia, cuando se habla de que lo que se protege es la lealtad en los mecanismos que se utilizan, surge una segunda observación que se desarrollará más adelante y que consiste en preguntarse cuál es, en el contexto de la propuesta legislativa, el mecanismo utilizado para competir y que da lugar a su consideración de que la norma fomenta la competencia desleal. Para el caso, en nuestro criterio dicho mecanismo sería una norma legal que autoriza a las entidades públicas a contratar directamente con instituciones de educación superior; entonces, serían estas las que hacen uso de ese mecanismo y una propuesta legislativa que afecta los intereses legítimos de las universidades públicas no correspondería a una medida acorde o proporcional con el motivo que la justifica.

Algunos establecen que para hablar de competencia desleal deben reunirse dos condiciones mínimas; que se trate de un acto de competencia y que ese acto pueda calificarse como desleal, en tal sentido, *“si la competencia que se desarrolla no es desleal, no habrá lugar a descalificar la conducta, lo cual tampoco sucederá si la conducta es desleal, pero no corresponde a un acto de competencia”*⁴.

El anterior argumento da cabida a un cuestionamiento adicional, respecto de lo expuesto sin mayor desarrollo en la motivación del proyecto de ley, consistente en cuestionarse si a la luz de la norma vigente, la autorización dada para la contratación directa en los casos permitidos con entidades públicas es calificable como desleal a pesar de tener sustento legal, o si por ese mismo hecho no sería viable tal consideración. Así mismo, estaría pendiente en una exposición de motivos argumentada, sustentar si el cumplimiento de la función legal de extensión corresponde a un acto de competencia.

En este sentido, debe observarse que es la ley la que autoriza la celebración de contratos interadministrativos y que de ser presumible que esta modalidad contractual fomenta la competencia desleal, la medida correcta abarcaría otras posibilidades y no solamente la contratación de consultoría en ingeniería para obra e interventoría de obra con universidades públicas, es decir, podría extenderse a otras entidades o a otros objetos contractuales, incluso con la posibilidad de considerar que la contratación interadministrativa en todas sus formas podría configurar escenarios desleales de competencia. *Lo que se quiere decir con esto, es que al enfrentar una situación particular, el argumento en que se motiva el proyecto parecería en principio tener*

un mayor alcance al que se procura contrarrestar con la medida legislativa.

En estos términos, en el estado actual de las cosas podría inferirse que la propuesta legislativa lo que busca es precisamente generar un espacio de competencia entre instituciones públicas de educación superior y las empresas o sociedades dedicadas a los objetos que pretenden regular, dando a las primeras un tratamiento discordante con su naturaleza y con su tratamiento legal, desconociendo que en la ejecución de contratos interadministrativos, ellas responden a un deber legal de coordinación con el Estado y que por lo demás, cumplen a través de esa contratación una función que la misma ley les asigna.

Así, la motivación del proyecto no solo estaría desconociendo que la ley autoriza a las entidades públicas a cooperar entre sí en desarrollo de principios legales y constitucionales, que las Universidades además cumplen con sus deberes legales, sino que presume erradamente que las universidades públicas utilizarían la norma como una ventaja competitiva, cuando estaría por definir si estas están llamadas a competir en el escenario en que concurren agentes económicos privados y si a ellas se les debería dar tal tratamiento.

Lo anterior debe complementarse con un análisis objetivo de la Ley 256 de 1996, pues esta prevé los eventos en que expresamente se configura la competencia desleal y establece así mismo el alcance de sus disposiciones en el sentido de fijar su ámbito objetivo y subjetivo, lo que implica que esta solo es declarable luego de un análisis particular de cada caso, sin poder establecer escenarios generales o abstractos de competencia desleal, como tampoco presumirla.

Siendo el acto desleal de competencia un fenómeno concreto que se presenta en un ámbito definido solo a partir de la consideración de circunstancias particulares, cuya valoración corresponde al juez con la competencia para realizar ese juicio, en los términos de la ley resulta inadmisibles una conceptualización genérica o abstracta sobre las posibilidades de que esta se presente, mucho menos tratándose de una disposición legal como la facultad de contratación directa, pues no se reúnen en ella los criterios objetivos y subjetivos que la ley de competencia desleal exige constatar en cada caso. En tal sentido, la valoración desleal de un acto no puede darse a modo de presunción, en tanto no estén dados los hechos concretos que permitan inferir a ciencia cierta que la norma fomente la competencia desleal, ni mucho menos, que sea así en toda la gestión contractual pública directa en la que conforme a los principios legales se opte por contratar en esa modalidad con las universidades públicas.

En ese sentido, tal consideración omite un análisis objetivo sobre las condiciones que deben darse para predicar de una situación concreta la

⁴ Ibidem.

configuración de un acto de competencia desleal. Incluso si se realizara un análisis general que permitiera concluir que la norma fomenta prácticas contrarias a la libre competencia, correspondería preliminarmente a quien lo afirme determinar los ámbitos de la competencia en que se presentan, definir si existe un mercado y si las universidades públicas participan en él con una finalidad concurrencial, teniendo de antemano presente que por una parte, son las entidades sometidas al régimen contractual general las que determinan según sus estudios previos que una contratación se realice directamente y con una institución de educación superior, y por otra, que estas últimas ejecutan tales contratos en ejercicio de una función misional asignada por la ley (que por lo demás es una relación que exige y desarrolla la norma) y en cumplimiento del deber de colaboración que las normas constitucionales y legales imponen a ellas por su naturaleza de entes públicos.

No se pretende con esto que la exposición de motivos incluya una valoración y juicio sobre la existencia de prácticas, conductas o actividades que configuren actos de competencia desleal, pues es pertinente resaltar que la ley fija los presupuestos y procedimientos que solo en un análisis particular desde los ámbitos subjetivo y objetivo que establece como requisito, facultan al juez competente para declarar su existencia. Lo que sí se pretende es llamar la atención sobre la consideración general que se incluye como motivo para la iniciativa legislativa, que omite considerar que los actos de competencia desleal sólo pueden presentarse en el mercado con una finalidad concurrencial y facultan a los extremos interesados a seguir las acciones que les autoriza la ley. Luego, la motivación desplaza al juez en su función, quien frente a cada caso puede determinar la existencia o no de la conducta desleal y establecer las sanciones que correspondan, previo análisis obligado sobre la configuración de los elementos de la conducta, entre ellos, la del ámbito subjetivo y objetivo de la acción.

4. Sobre la contratación directa y la contratación interadministrativa

La contratación interadministrativa se concibió como una de las modalidades de contratación directa entre las posibles excepciones al principio general de que todo contrato estatal debe ser resultado de una licitación o concurso público, y no como una imposición a las entidades estatales, pues para estas se han mantenido vigentes los deberes propios del cumplimiento de los principios que rigen esa actividad, en especial los de transparencia y selección objetiva. No es un acto discrecional de las entidades públicas la celebración de contratos interadministrativos de interventoría y consultaría, sino que este es resultado del cumplimiento de los postulados del Estatuto de la Contratación Administrativa, respecto del cual, toda valoración debe centrarse en el modo en que tales entidades la realizan. En ello, por lo demás no incidan en ninguna forma

los entes de educación superior, que no tienen competencia decisoria frente a los trámites precontractuales de las entidades públicas y se limitan así a atender el llamado de aquellas y a presentar sus ofrecimientos.

Como le mencionan la Procuraduría General de la Nación y la Contraloría y Auditoría General de la República en la Circular Conjunta número 14 de 2011, *“la contratación directa debe garantizar el cumplimiento de los principios de economía, transparencia y, en especial, del deber de selección objetiva, establecidos en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007”*. Los principios aludidos están en primera medida dirigidos a las entidades públicas obligadas en su gestión contractual a observarlos y aplicarlos, con el propósito de garantizar la escogencia del sujeto que más convenga al Estado como contratista. Luego, la participación de las instituciones de educación superior en la ejecución de contratos públicos para les que han sido seleccionadas directamente es resultado del proceso que aquellas adelantan, en virtud del cual, estas son identificadas como la alternativa adecuada a la planeación pública para la contratación y ejecución de los contratos.

Entonces, como se explicará más adelante, por la vía de limitar la excepción de contratación directa con las Universidades la norma supondría una afectación a estas por efecto de una medida que debería estar centrada y conducida hacia la gestión pública contractual de las entidades a las que cobija el Estatuto de Contratación Pública, integrado principalmente por las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007.

De esa manera, el proyecto de ley no solo apuntaría a establecer una medida que acarrearía una afectación a los intereses de las universidades públicas en su función de extensión sobre la base de atribuir equivocadamente a estas la responsabilidad sobre los usos que se le dan esta modalidad, sino que en su fondo, parte de la consideración errada de que la contratación directa es equiparable a la ausencia de controles o a una absoluta liberalidad pública para hacer uso de esta sin someter el proceso a los principios y reglas que dirigen la gestión contractual.

En efecto, la Circular en mención alude al pronunciamiento de la Corte Constitucional en Sentencia C-949 de 2001, de la que expresamente citó lo siguiente:

“...no es cierto que dicha clase de contratación implique que la entidad estatal contratante pueda inobservar los principios de economía, transparencia y de selección objetiva. Por el contrario, en ella también rigen, para asegurar que en esta modalidad de contratación también se haga realidad la igualdad de oportunidades. (...) Por ello, esta Corte estima que no puede darse validez a la equiparación que el demandante entre el régimen de contratación directa y la inexistencia tanto de controles como de deberes

para las autoridades de controlar las conductas de los servidores públicos que hubieren intervenido de Colombia en el proceso de vinculación contractual (...)”.

Al ser una obligación de las entidades sometidas al régimen general de contratación de la Administración Pública definir según los estudios previos la modalidad de selección que conforme a los mismos sea conveniente y oportuna, las medidas idóneas para combatir las causas de los usos de esta modalidad contrarios a los principios deberían centrarse en dicha fase del proceso, quizá a través de controles efectivos. Es pertinente por esto recordar que la Circular en mención reitera lo siguiente:

“En consecuencia, cuando una entidad pública defina lo pertinencia de acudir a las causales de contratación directa previstos en la ley debe dejar constancia del análisis jurídico, técnico o económico que fundamenta tal determinación, en cumplimiento de la potestad estrictivamente reglada del parágrafo 1° del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007”.

Empieza así a observarse que si bien los motivos del proyecto de ley aluden entre otros a prácticas que desdibujan el sentido legítimo de la contratación directa, la propuesta consiste en una medida que no tiene un nexo causal con aquellas, pues la contratación con instituciones de educación superior son resultado de los análisis y estudios que las entidades públicas deben realizar con arreglo a los principios y normas aplicables, y por lo demás, no hace manifiesta una relación directa entre tales motivos y el hecho concreto de restringir la contratación directa con instituciones de educación superior para la interventoría de obra y la consultoría en ingeniería para obra.

Por otra parte, en virtud del principio de economía la contratación directa es resultado del estudio previo que realiza la entidad contratante, cuya elaboración es manifestación del principio de responsabilidad. De ser correctamente ejecutada esta fase, de un análisis de la Circular en mención podría afirmarse que la contratación directa, sea con instituciones de educación superior o con otras entidades según las posibilidades legales, está justificada y soportada en criterios como los siguientes:

- La imposibilidad o inconveniencia técnica, jurídica o económica de adelantar una convocatoria pública.
- El análisis documentado de las ventajas y beneficios generales o para la entidad que reportaría una contratación directa, frente a los que ofrecería otra modalidad de contratación.
- La evidencia de la idoneidad del contratista para el cumplimiento satisfactorio del objeto contractual, basada en la capacidad jurídica, técnica, de experiencia y financiera en relación con el alcance de las obligaciones del contrato.

En ese sentido, la contratación directa y entre sus modalidades la interadministrativa, es resultado concreto de la aplicación de los principios que rigen la gestión contractual, entre ellos el principio de selección objetiva. Como lo cita la Circular Conjunta que se ha citado, el Consejo de Estado ha expresado que *“en la contratación, ya sea de manera directa o a través de licitación o concurso públicos, la administración está obligada a respetar principios que rigen la contratación estatal y, especialmente, ciertos criterios de selección objetiva a la hora de escoger el contratista al que se le adjudicará el contrato. (...) la Sala observa que (...) es deber de la administración hacer un análisis previo a la suscripción del contrato, análisis en el cual se deberán examinar factores tales como experiencia, equipos, capacidad económica, precios, entre otros, con el fin de determinar si la propuesta presentada resulta ser la más ventajosa para la entidad que contrata”.* (Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - de Colombia Radicación 19001-23-31-000-200201577-01).

Por lo anterior, el proyecto de ley debería ser consecuente con el hecho de que la contratación directa con instituciones públicas de educación superior es resultado de un proceso gobernado por normas y principios cuya observancia recae como deber en las entidades que lo adelantan, y en tal sentido, no es la contratación con instituciones de educación superior sino la efectividad de los controles y el ajuste a la ley lo que debería ser objeto de regulación, de manera tal que se mantenga el espíritu de la ley que autorizó este tipo de contratación y que con la medida legislativa se evite un eventual perjuicio a las universidades públicas, no solo en sus finanzas sino en su ejercicio misional, cuya función se despliega no con pocos beneficios generales a través de este tipo de contrataciones.

El Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, se refirió al régimen contractual de las universidades estatales, en Concepto número 2092 del 28 de junio de 2012. De manera relevante para el análisis en cuestión, resaltó que *“la autonomía de las universidades estatales no se opone a la existencia de mecanismos legales de articulación de dichas organizaciones con las demás entidades estatales; (...)”.*

Este argumento es válido para considerar que no es la autonomía de los entes universitarios la causa del problema, pues por el contrario dicha autonomía es una garantía constitucional necesaria, y así mismo, para resaltar que pese a su carácter autónomo, los entes universitarios públicos hacen parte del Estado y esa autonomía justifica diversos mecanismos legales de articulación con otras entidades, además que como parte integrante del Estado, justifica su tratamiento especial sin desdibujar su carácter de entidad estatal, previniendo así que reciban un

tratamiento diferente al de las demás entidades de las distintas Ramas del Poder Público.

En otras palabras, su autonomía no justificaría que en el contexto de una medida, el tratamiento que en últimas se dé a los entes universitarios estatales sea equiparable al de las empresas privadas. En otros términos, como lo dice el Consejo de Estado en el concepto citado, *“su autonomía, se ha señalado, no llega al punto de su exclusión de la estructura del Estado y, por ende, de la aplicación de ciertas reglas generales de administración pública que no afectan su ámbito de autonomía”*. Por tal razón, valdría cuestionar si con la medida, en la búsqueda de que las universidades públicas compitan con agentes económicos privados del sector de la ingeniería y la construcción, se estaría efectivamente excluyendo a estas del conjunto de entidades públicas que pueden ser consideradas conforme a su capacidad legal como ejecutoras de contratos públicos para los cuales la ley, en todo caso, mantendría la autorización de contratación directa en la modalidad de contratos interadministrativos. En otros términos, se estarían limitando las capacidades de desarrollo de la universidad estatal y sus mecanismos de interacción, articulación y colaboración con el Estado.

Dado que la iniciativa legislativa, en la línea de reiterar que no puede presumirse el efecto de la norma de generar un escenario de competencia desleal, y para resaltar que el tratamiento que debe darse a esta debe corresponder con su naturaleza y fines como sucede con otras entidades públicas, es pertinente citar el siguiente aparte:

“En primer lugar es pertinente señalar que desde el punto de vista de la estructura del Estado las universidades públicas son sin duda ‘entidades públicas’. El hecho de que, como otras entidades del Estado, estén sometidas a un régimen especial no significa que pierdan dicha calidad o que el legislador esté impedido para establecer mecanismos de articulación o de colaboración o de colaboración inter-orgánica con base en su cláusula general de competencia (artículo 150 C. P.) y, en particular, en el artículo 113 ibídem, según el cual los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines”.

Lo resaltado en este aparte sirve para hacer énfasis en que la contratación interadministrativa justamente responde a la competencia del legislador de establecer mecanismos de articulación o de colaboración entre las entidades, y que en medio de estas, la que se realiza con los entes universitarios estatales, no escapa a esa consideración y tratamiento.

Y más importante aún es entender que en la contratación administrativa se desarrollan los principios que rigen las relaciones entre entidades de idéntica naturaleza estatal, y que en el ámbito de su autonomía ellas contratan en cumplimiento

de sus fines dentro de unos límites que deben observar las entidades públicas contratantes, pues es a ellas que resulta aplicable la normativa contractual contenida en la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007.

El Consejo de Estado planteó lo siguiente:

“En este orden de ideas, no resulta equivocado señalar que cuando las universidades públicas actúan como contratistas de otros entes estatales regidas por el Estatuto General de Contratación Pública, estarán sujetas, sin que ello afecte su autonomía a las reglas y restricciones que dicho estatuto contenga para ese tipo de situaciones.

En estos casos los límites establecidos por el legislador deben ser analizados desde la perspectiva de la entidad estatal contratante – que está obligada a observar en sus contratos los principios y reglas establecidos en el Estatuto General de Contratación Pública y no tanto desde la perspectiva de quienes voluntariamente actúan como contratistas del Estado, ya sean estos particulares o incluso otras entidades públicas sujetas a regímenes de derecho privado como el caso de las Universidades”.

La perspectiva que resalta el Consejo de Estado, en el entendido de que el régimen de los contratos debe observarse desde, la óptica de la entidad contratante es relevante para el análisis, pues como lo hemos venido afirmando, la medida legislativa procura incluir una regla que establecería un límite a las posibilidades de contratación de las universidades públicas, entendidas como entidades estatales, cuando resultaría más conveniente legislar desde la óptica de las entidades que hacen un uso inadecuado de la autorización de contratar directamente con estas.

Y resulta razonable que así sea, porque así como en la normativa de la Universidad Nacional de Colombia se prevé que los contratos que se celebran con otras entidades públicas en los que esta funge como contratista, se rijan por la ley aplicable a la entidad contratante, el sentido de la normativa contractual pública es coincidente con esta disposición, pues como lo señala el Consejo de Estado, *“la aplicación del Estatuto General de Contratación Pública a la relación jurídica que surge con la celebración del contrato no se dará porque haya un cambio en el régimen jurídico del contratista, sino por el hecho mismo de que el ente público contratante, en sus contratos, está regido por dicho estatuto”*.

5. La prohibición debería estar dirigida a las entidades contratantes y no plantear una regulación que limita las posibilidades de desarrollo de las Universidades.

La ponencia para primer debate expresa que *“comparte el espíritu e intención del texto propuesto; estamos de acuerdo en que las instituciones educativas de educación superior si quieren celebrar un contrato de obra, interventoría*

de obra, consultoría en ingeniería para obra deben participar en igualdad de condiciones con otros proponentes en las correspondientes licitaciones públicas o concursos de méritos, reprochamos la cuestionada práctica en la cual este tipo de instituciones realiza contratación directa sin que medie proceso de selección alguno para ejecutar este tipo de obras y consultorías propias del gremio de la ingeniería”.

Contrario a lo que se expresa en la exposición de motivos, la modalidad de contratación directa es en sí un proceso de selección. Este está previsto por la ley como una excepción al principio general de escogencia del contratista mediante licitación pública o concurso, pero por tratarse de una excepción, justamente la ley señala en qué casos procede y la misma, como ya se ha dicho que le reitera la jurisprudencia, responde a los principios generales de la contratación y se realiza con el seguimiento y observancia de los procedimientos legalmente previstos, entre lo cual, se establece el perfil del contratista y los requisitos de idoneidad, experiencia y capacidad.

Otro argumento equivocado en el aparte citado es el que atribuye a las universidades públicas *“la cuestionada práctica en la cual este tipo de instituciones realiza contratación directa sin que medie proceso de selección alguno para ejecutar este tipo de obras y consultorías propias del gremio de la ingeniería”.*

Pues bien, el argumento se equivoca en considerar que la contratación directa es una modalidad de selección que la ley deja al arbitrio de las universidades, pues como se ha mencionado en este documento que se desprende de la misma ley en su sentido más claro, son las entidades contratantes las que en cumplimiento de las reglas del Estatuto General de Contratación optan por esta modalidad de selección a partir de los estudios previos que realizan para justificar la contratación y el mecanismo de selección.

En Sentencia C-949 de 2001, la Corte Constitucional reiteró sus planteamientos jurisprudenciales acerca de la necesidad de centrar el debate respecto de la contratación pública en las entidades que son agentes activos de estos procesos.

En esta sentencia se afirma lo siguiente que sirve para señalar como en el caso de la medida legislativa, no solo por el aparte citado sino por el sentido dado a la misma, la iniciativa debería procurar establecer condiciones que solucionen los problemas que atacan y que se derivan del mal uso de la modalidad de contratación directa, en todo caso, sin que con ellas se restrinjan las posibilidades de desarrollo de las universidades públicas y su ejercicio misional puesto al servicio del Estado en procura de la colaboración con otras entidades:

“...constata la Corte que las razones de inconformidad que pretende hacer valer en este

estrado el demandante no se origina en cuestiones de inconstitucionalidad razonablemente atribuibles a la regulación normativa de que trata el precepto acusado, cuanto más bien al reproche que le merece la práctica de los operadores jurídicos responsables de la contratación pública de las entidades estatales que, según se expresa, se valen de la contratación con las cooperativas y las asociaciones conformadas por entidades territoriales para eludir el régimen de escogencia objetiva del contratista, con lo cual distorsionan su razón de ser, al emplearla para propósitos distintos de los que el legislador tuvo en mente, al disponer que la contratación entre entidades públicas, se efectuaría en forma directa, mediante convenios interadministrativos”.

Y más pertinente aún resulta el siguiente argumento expuesto por la Corte, para responder a la exposición de motivos cuando asegura que la contratación directa con universidades públicas fomenta la competencia desleal y que estas deberían, pese a su naturaleza y fines legales, competir con quienes en el sector privado de la economía prestan servicios similares:

“De igual modo, respecto de la crítica del demandante que tacha la contratación directa de exclusionista y, por esa vía, de contraria a la igualdad de oportunidades, tampoco encuentra la Corte que haya un principio de razón suficiente en ese argumento pues, no es cierto que dicho clase de contratación implique que la entidad estatal contratante pueda inobservar los principio de economía, transparencia y de selección objetivo. Por el contrario, en ella también rigen; para asegurar que en esta modalidad de contratación también se haga realidad la igualdad de oportunidades.

Por ello, esta Corte estima que no puede darse validez a la equiparación que el demandante hace entre el régimen de contratación directa y la inexistencia tanto de contrato como de deberes para las autoridades de controlar las conductas de los servidores públicos que hubieren intervenido en el proceso de vinculación contractual hasta su terminación, que es lo que al parecer, también entiende el demandante”.

Y con el mismo sentido que la Corte afirma que *“no es la acción pública de inconstitucionalidad el mecanismo apropiado para combatir dichas prácticas [en referencia a la corrupción administrativa], contrarrestar sus devastadores efectos o responsabilizar a quienes incurrir en tan repudiables conductas de apropiación del patrimonio público”*, pues la ley misma ha previsto herramientas y mecanismos idóneos para el control y seguimiento de la actividad contractual. Como la manifestó la Corte Constitucional en la sentencia que se cita, *“para ello existen y se han fortalecido los instancias de fiscalización y de control, y el ordenamiento jurídico ha previsto otras herramientas y acciones que deben adelantarse ante los organismos de control,*

que son los llamados a investigar y recriminar anomalías como las que refiere el demandante”.

En el contexto que resulta del análisis, una reforma legislativa que limite las posibilidades contractuales de los entes universitarios públicos, deviene en una medida lesiva a sus legítimos intereses, cuando con ella se busca contrarrestar efectos normativos que solo pueden atribuirse a las entidades que ejecutan la actividad contractual con sometimiento al estatuto contractual, y es, en cierta manera, desconocer tanto el deber que les asiste de adelantar dicha gestión con arreglo a las leyes y principios que gobiernan lo público, como el de los entes que tienen por función natural el control y seguimiento a la gestión pública contractual. Así las cosas, contrario a concentrar las acciones en el ámbito del control y fiscalización, lo que pretende la iniciativa legislativa es reducir las posibilidades de quienes por mandato legal responden al principio de colaboración y cooperación y ofrecer sus servicios para la ejecución de proyectos sobre los que recae el mismo interés público.

6. La función de extensión como función sustantiva de los entes universitarios públicos

El Gobierno en su propuesta afirma que *“nada resulta más alejado de la búsqueda de los fines de la educación, que perseguir la obtención de lucro a través del sistema de compras públicas, cuando a través de la contratación debe buscar la forma de desarrollar los objetivos consagrados en la Ley 30 de 1992”.*

Contrario a lo que expresa el proyecto, en lo que se denota una observación lejana de la realidad de la función misional de la Universidad (en su sentido más universal), la prestación de servicios a través de la celebración de contratos interadministrativos con entes públicos, además de servir a realizar los fines e intereses del Estado que subyacen a la actividad contractual, resultan igualmente idóneos para el cumplimiento de los fines y objetivos dados a los entes universitarios que revisten una función esencial para el desarrollo económico, político, social y cultura del país.

El artículo 102 de la Ley 30 de 1992 (*por la cual se organiza el servicio público de la educación superior*) concibe la extensión como la función que *“comprende los programas de educación permanente, cursos, seminarios y demás programas destinados a la difusión de los conocimientos, al intercambio de experiencias, así como las actividades de servicio tendientes o procurar el bienestar general de la comunidad y la satisfacción de las necesidades de la sociedad”.*

Esta función obedece a objetivos que la misma ley fija para la educación superior y sus instituciones, como los de *“trabajar por la creación, el desarrollo y la transmisión del conocimiento en todas sus formas y expresiones y, promover su utilización en todos los campos para solucionar las necesidades del país”* (artículo 6° lit. b); *“ser factor de desarrollo*

científico, cultural, económico, político y ético a nivel nacional y regional” (artículo 6° lit. d); y *“promover la unidad nacional, la descentralización, la integración regional y la cooperación interinstitucional con miras a que las diversas zonas del país dispongan de los recursos humanos y de las tecnologías apropiadas que les permita atender adecuadamente sus necesidades”* (artículo 6° lit. g).

Claro está que concebida así, la norma da un sentido amplio que requiere formas concretas para cumplir con el objetivo que le fija legalmente a la educación superior y a las instituciones a través de la extensión.

En lo concerniente a la Universidad Nacional de Colombia, el Decreto-ley 1210 (*por el cual se reestructura su régimen orgánico especial*), prevé que uno de sus fines sea *“adelantar, por su cuenta o en colaboración con otras entidades, programas de extensión y de apoyo a los procesos de organización de las comunidades, con el fin de vincular las actividades académicas al estudio y solución de problemas sociales y económicos”* y *“cooperar con organización gubernamentales y no gubernamentales en tareas de investigación, docencia y extensión”* (artículo 2° lit. c y e), para lo cual fija un régimen contractual y de asociación especial en el ámbito del principio constitucional de autonomía universitaria.

Como está concebida y reglamentada la extensión universitaria en el ordenamiento de la Universidad Nacional de Colombia, la ejecución de los proyectos de interés público relacionados a la contratación pública, sirven, como se ha reiterado, no solo a satisfacer las necesidades generales que justifica la misma contratación, sino el que subyace a la función de extensión como actividad misional de la universidad pública, además de concretarse por esa vía los principios que sustentan la contratación interadministrativa y el actuar coordinado de las entidades públicas en el marco de sus fines y objetivos constitucionales y legales.

En esa medida, la contratación interadministrativa, en lo que concierne a la ejecutada por los entes universitarios públicos, es idónea para lograr la realización de principios y fines constitucionales y legales que revisten el mayor interés público, haciendo de esta forma concreta de colaboración un mecanismo que potencia el actuar estatal y que por la vía de un esfuerzo conjunto, que a la vez resulta coherente con la economía y eficiencia que se aspira en la función pública, potencia el impacto social, económico, político y cultural de la educación y de la misión que desarrolla cada ente estatal con el que colabora la Universidad.

En este contexto y con arreglo a las normas que gobiernan su función, objetivos y misión, la Universidad ha concebido la extensión como un mecanismo apto *“para hacer partícipes de los beneficios de su actividad académica e*

investigativa a los diversos sectores sociales, con un sentido de responsabilidad social, de responsabilidad empresarial y de responsabilidad ambiental, vinculando a todos los estamentos sociales de la nación colombiana, y prestando apoyo y asesoría al Estado en los órdenes científico, tecnológico, cultural y artístico”, (Acuerdo CSU 36 de 2009).

Por lo demás, la Universidad desarrolla en este Acuerdo la extensión con el sentido de satisfacer el interés general y los fines que la ley le fija, para vincular las actividades académicas al estudio y solución de problemas sociales y económicos, *“propiciar la innovación y el uso del conocimiento para aumentar la productividad y competitividad del aparato productivo y elevar el bienestar de la población en todas sus dimensiones, en concordancia con las agendas y planes de desarrollo de los niveles nacional, regional y local del país”,* para lo cual es necesario, como lo propone la Universidad, estrechar los vínculos entre la Universidad y el sector estatal, los sectores populares, *las organizaciones sociales, los gremios y sectores productivos”,* además de *“articular las funciones de investigación, extensión y formación, y a estos con las actividades de los distintos actores sociales para participar en la solución de los problemas sociales del país”.*

En tal sentido, cuando la presente iniciativa legislativa se refiere a la contratación interadministrativa como una actividad lejana a los fines de la educación, desconoce que esta es un mecanismo apto para la realización misma de los fines de la educación superior y de sus instituciones, tal como lo indica la Ley 30 de 1992, a la que se refiere precisamente cuando afirma que *“La contratación debe buscar la forma de desarrollar los objetivos consagrados en la Ley 30 de 1992”.* Así las cosas, resulta válido cuestionarse sobre el alcance que daría el ponente de la iniciativa legislativa a la contratación interadministrativa, cuando niega que ella sea útil o acorde a los fines y objetivos de la educación superior, y en sentido más concreto, a los postulados sobre los cuales la Universidad ha reglamentado y ha realizado esa función.

La Universidad Nacional de Colombia define la extensión como una función misional y sustantiva, *“a través de la cual se establece una interacción privilegiada y recíproca entre el conocimiento sistemático de la academia y los saberes y necesidades de la sociedad, y de las organizaciones e instituciones que hacen parte de ella”* y le atribuye como principal fin, *“el intercambio, la aplicación y la integración, en forma dinámica y coordinada, del conocimiento científico, tecnológico, artístico y cultural que se produce en la Universidad Nacional de Colombia, en interacción con el entorno económico, político, cultural y social del país”,* para lo cual articula la docencia, la investigación y extensión. (Acuerdo CSU 36 de 2009, artículos 1° y 2°).

La Universidad ejecuta la extensión, y realiza a través de ella los fines que le propone conforme a la ley, a través de distintas formas entre las cuales se encuentra la ejecución de proyectos colaboración con otras entidades públicas y privadas, a través de la contratación para la prestación de sus servicios, en los que articula sus funciones y estructura la ejecución considerando el trasfondo académico y misional de su actividad. Por esta vía, realiza también el deber de colaboración y el principio de coordinación entre entidades de estatales, cooperando con ellas en el cumplimiento de fines que son comunes a todas las entidades públicas. En efecto, la normativa universitaria concibe que la extensión esté regida por principios entre los cuales expresamente incluyó el de cooperación, conforme al cual *“el desarrollo de la extensión hace necesario crear, mantener y consolidar vínculos dentro de la Universidad, y con instituciones y organizaciones sociales, económicas y políticas de nivel local, nacional e internacional con el fin de unir esfuerzos, promover el intercambio y la integración del conocimiento, construir y defender lo público, desarrollar capacidades institucionales y resolver de manera efectiva los problemas sociales”.*

La relación que se establece y concreta en la extensión entre esta función y la formación o docencia e investigación, en parte sustenta la capacidad legal y técnica de las universidades públicas para colaborar con otros entes públicos en la diversidad de posibles objetos que requieran ser cumplidos a través de la contratación y que se dirigen a satisfacer el interés general en el que se soportan.

Además de lo que ya se ha mencionado sobre la naturaleza y fines de la contratación directa e interadministrativa y su relación con principios constitucionales y legales, en lo relativo a la contratación directa con universidades públicas, vale citar que en concepto de la Procuraduría General de la Nación y de la Contraloría General de la República, en su Circular Conjunta número 14 de 2011, esta se da previo cumplimiento de las normas y principios, aplicables a la gestión contractual y *“obedece a la necesidad de garantizar la idoneidad de quien celebra contratos con el Estado, que, se insiste, no deviene, necesariamente, de la comparación de ofertas a través de lo convocatoria público sino del análisis del mercado de un bien, servicio u obra, de las alternativas que desde los puntos de jurídico, técnico y económico tiene la administración para resolver una necesidad al mejor precio en el menor tiempo y con la mayor calidad”.*

La idoneidad de la universidad pública para celebrar contratos guarda relación con su capacidad y el objeto y fines que esta cumple por mandato legal. Puede interpretarse que los entes de control consideraron en esa circular que en el entorno de la contratación directa, la que se realiza con universidades públicas tiene la virtud de satisfacer

las necesidades de las entidades, y representada en ellas las de la sociedad, en condiciones de tiempo y calidad que se garantizan, excluyendo de esta posibilidad solo aquellos objetos que no tienen relación directa con su actividad, lo que quiere decir que cuando la ley autoriza celebrar contratos de interventoría y consultoría en ingeniería y obra, está estableciendo que estos hacen parte de su objeto. En efecto, los entes de control consideraron en su circular conjunta lo siguiente: *“De allí que el legislador haya prohibido expresamente que se celebren de forma directa, sin que medie convocatoria pública en los términos de ley, contratos interadministrativos con instituciones públicas de educación superior que tengan por objeto obra, suministro, encargo fiduciario y fiducia pública, ya que, por regla general, estas entidades no contemplan en su objeto actividades como las descritas”*.

Conforme a esta última cita, puede inferirse que es discutible el argumento en el que se basa parcialmente la iniciativa legislativa y que sugiere que las Universidades no desarrollan a través de esos contratos su finalidad u objetivo legal, pues claramente en criterio de los entes regentes de la misión de control y seguimiento a la actividad contractual justifican que la contratación; directa con universidades públicas está precisamente basada en la capacidad derivada de su objeto. Y en esa medida, la contratación directa con universidades públicas no es una simple excepción al principio de selección mediante concurso, sino una posibilidad derivada de una correcta ponderación de las posibilidades de cooperación y colaboración de las instituciones de educación superior, ante lo cual la iniciativa legislativa estaría limitando las posibilidades de unas y otras y por esa vía, las de realizar fines generales, además de establecer una barrera para la concreción del principio de colaboración y coordinación, al dar a las universidades públicas un tratamiento equivalente al de empresas y personas jurídicas privadas, desconociendo que tienen tal capacidad ligada al mandato legal de poner su función al servicio del país.

7. La financiación de las universidades públicas

Los debates alrededor de la situación financiera de los entes universitarios estatales no son una novedad y están ampliamente documentados. El proyecto de ley se ha justificado en el reconocimiento de que las universidades públicas han argumentado que la posibilidad de celebrar contratos interadministrativos para la prestación de servicios de interventoría y de consultoría en ingeniería les permite tener márgenes de sostenibilidad. Sin embargo, el Ministerio de Transporte descalifica esa realidad señalando que *“lo cierto es que a través del presupuesto asignado por el Gobierno nacional y de los entes territoriales se garantiza dicha sostenibilidad”*, a lo que agrega que muestra de ello es que los recursos destinados a la educación han presentado un incremento incluso superando los del sector defensa.

No está en nuestra competencia aludir a argumentos económicos para discutir las cifras y consideraciones del Gobierno al respecto, lo cual puede dejarse a las áreas o autoridades con la experticia en el tema. Sin embargo, esta Dirección puede abordar la terna, con el alcance de su función, y plantear razonamientos acerca de la realidad presupuestal de la Universidad a partir de la consideración expresa de las normas en el ámbito de la autonomía universitaria.

En materia presupuestal, la autonomía universitaria garantiza que las instituciones de educación superior públicas se den y ejecuten su propio presupuesto con independencia al de la Nación o de las entidades territoriales, aun cuando reciben aportes de estos de conformidad con la Ley 30 de 1992, cuya destinación es específica pues exclusivamente sustentan gastos de funcionamiento e inversión, y a los cuales se suman sus rentas y recursos propios.

Ahora bien, aun cuando la Ley 30 de 1992 propone una fórmula de actualización constante del aporte del presupuesto nacional o de los entes territoriales a las instituciones públicas de educación superior, y a que en el ámbito de la autonomía universitaria estas pueden ordenarlo y ejecutarlos conforme a las prioridades y de acuerdo con su misión, como para el caso de la Universidad está previsto en el Decreto número 1210 de 1993 y en su Estatuto General (Acuerdo número 11 de 2005), distintas circunstancias y decisiones gubernamentales, legales y políticas han afectado directamente el presupuesto de estas instituciones, del modo en que quedara manifestado en 2009 en el documento presentado por la comisión de vicerrectores para consideración del Sistema Universitario Estatal⁵.

En dicho documento se manifestó lo siguiente:

“En efecto, desde hace varios años se evidencia un desfinanciamiento progresivo de estas instituciones, pues si bien es cierto, que el artículo 86 de la Ley 30 de 1992 pretendió garantizar los aportes de la Nación a precios constantes, los impactos que han tenido las decisiones del Gobierno nacional y del Congreso de la República a través de decretos, leyes, políticas gubernamentales y planes de desarrollo, le han exigido a estas instituciones un incremento en la cobertura de programas de pregrado; consolidación de grupos de investigación, cualificación docente, nexos con el sector empresarial, internacionalización, regionalización y extensión solidaria entre otras, que demandan cuantiosos recursos sin contrapartidas del Gobierno nacional, generando un impacto directo en la disminución real en sus presupuestos”. (Subrayado y negrita fuera de texto).

Comisión de Vicerrectores Financieros de Siete Universidades Públicas. Revisión de Financiación con Recursos de la Nación para las Universidades Públicas, Documento para Consideración del Sistema Universitario Estatal, 2009.

Así las cosas, pese a la fórmula de actualización del aporte del presupuesto nacional y de los entes territoriales, la exigencia a las universidades públicas en materias que impactan sus gastos de funcionamiento e inversión han generado una mayor necesidad presupuestal con el riesgo de desfinanciamiento de sus actividades fundamentales. Si bien esta no es una condición normativa, es un efecto derivado de las normas y políticas adoptadas en materia de educación superior, que generan una realidad relativamente distante al postulado legal en materia presupuestal y a la autonomía en esta materia.

Otras circunstancias han incidido en la generación de una mayor necesidad presupuestal que supera la fórmula de actualización de los aportes de la Nación, que se han derivado de los condicionamientos legales y económicos, tales como el incremento de la planta de personal, los cambios de régimen salarial y prestacional docente, la promoción docente a niveles superiores, entre otros, que la Comisión de Vicerrectores en el documento citado expuso como fuente de un déficit así:

“Es pertinente señalar, que el incremento salarial de los docentes, no corresponde propiamente a una nómina plana a la cual se aplica el aumento previsto anualmente por el Gobierno nacional, sino que además crece con la productividad académica, la evaluación docente, el ejercicio de cargos académico-administrativos, el ingreso de nuevos docentes con altos niveles de exigencia académica, constituyéndose en factores que determinan un incremento superior en los gastos de personal. Esta situación viene afectando las finanzas de las Universidades Públicas, por cuanto estos compromisos se atienden con recursos de la nación, los cuales conforme a lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley 30 de 1992 son actualizados con el crecimiento del IPC. Siendo aún más grave la situación si se considera que estadísticamente en las Universidades, los gastos de personal representan entre un 80% y 90% de los gastos de funcionamiento”. (Subrayado y negrita fuera de texto).

En otras palabras, la dinámica de las universidades y su realidad operativa plantea un crecimiento que desborda el sentido de la fórmula presupuestal planteada en la ley, cuya concepción de la actividad de las universidades no es coherente con su realidad, dejando fuera de su alcance los efectos de una actividad que tiende a incrementar sus costos en la medida en que se le exigen mayores resultados y se propone así mismo un mayor impacto de sus actividades misionales.

El mejoramiento del servicio educativo trae consigo una necesidad de recursos igualmente creciente, pues en la medida en que las universidades públicas incrementan su productividad, amplían su cobertura y su capacidad docente, amplían el alcance de sus actividades mediante la mayor oferta de programas y requieren un crecimiento tecnológico e infraestructural, generan mayores niveles de gasto en su funcionamiento e inversión,

principalmente por el ascenso de sus plantas de personal y de su nivel académico, ante el cual, la fórmula presupuestal resulta insuficiente para satisfacer las necesidades derivadas de la dinámica y cambios que caracterizan la realidad operativa de las universidades públicas.

En otros términos, el Sistema Universitario Estatal resume la situación de desfinanciamiento de la educación en los términos de “*la actual ley de educación financia una universidad de los años 90*”. Omitiendo los detalles técnicos, análisis y cifras que expone el Sistema en el documento elaborado en 2012 y titulado “*Desfinanciamiento de la educación superior en Colombia - La realidad de la crisis en el sistema de financiación de las universidades estatales*”, la dinámica y entorno cambiante de la educación superior plantea una realidad distinta de la que la caracterizaba al momento de expedir la Ley 30 de 1992. En términos concretos, la realidad actual de la situación de las universidades públicas es presentada comparativamente con la siguiente tabla tomada de ese documento que resume la evolución de las universidades estatales:

Tabla Evolución de las Universidades Estatales Colombianas	
LAS UNIVERSIDADES ANTES Y DESPUÉS DE LA DÉCADA DEL 90	
Antes de los 90	Después de los 90
<ul style="list-style-type: none"> • Cobertura estudiantil reducida • Cultura investigativa primaria • Baja cualificación docente • Infraestructura física mínima • Métodos tradicionales de enseñanza (no uso de TIC) • Baja producción científica • Precariedad grupos de investigación • Sólo el 6% (matrícula total) correspondía a Maestros y Doctorados • No existían programas de bilingüismo, movilidad académica, inclusión, deserción a cargo de las IES. 	<ul style="list-style-type: none"> • Aumento significativo de Cobertura Estudiantil • Incorporación de nuevas tecnologías de información • Cambio modalidades convencionales de enseñanza • Aumento pertinencia investigación científica • Apoyo a redes y grupos de investigación • Incremento movilidad académica • Cualificación docente: comisiones de estudio (doctorado) • Programas de bilingüismo, inclusión, deserción a cargo de las IES. • Mejor Infraestructura. • Laboratorios • Acreditación y Sistemas de Gestión

En ese contexto, factores como la ampliación de la cobertura educativa, la cualificación docente, el fortalecimiento de la misión investigativa, el crecimiento en infraestructura física y tecnológica y el crecimiento en programas necesarios para el desarrollo de la educación como la internacionalización y el bilingüismo, forman una realidad de las universidades públicas consistente con su papel fundamental en el desarrollo del país, que no es coherente con el modelo que financia la Ley 30 de 1992 y el tratamiento presupuestal dado a la educación superior.

En tales términos, el proyecto de ley parte de una consideración que, como otras, desconoce el estado real y actual de la situación de la educación y la importancia que representa en ese contexto la posibilidad de que las universidades públicas presten servicios y ejecuten actividades mediante la contratación interadministrativa. No solo es observable el desconocimiento de la realidad de las universidades públicas, sino que además descalifica sin ofrecer argumentos consistentes, la necesidad expresa de estas y su afirmación de que la contratación interadministrativa es tan afín a sus intereses como al interés general.

La realidad de las universidades públicas no ha sido ajena a la observación, por ejemplo, de la Corte Constitucional, que se ha referido a la importancia que reviste que aquellas busquen fuentes alternativas de financiación, entre las cuales se cuenta la que representa la contratación para la prestación de servicios con otras entidades públicas. Esta corporación, en Sentencia C-053 de 1998 se refirió al tema afirmando lo siguiente:

“Distinto es el caso de los recursos que generen las mismas universidades por concepto de investigación, consultorías, venta de servicios, o cualquiera otra actividad que los pueda producir; en efecto, se puede afirmar que la problemática actual de la universidad pública en el mundo se centra en la crisis de financiación que las afecta, es decir en la escasez de recursos para mantenerla y fortalecerla, situación que ha motivado una significativa presión del Estado y de la sociedad, que les exige, no solo articularse y participar más activamente en la solución de los problemas que las aquejan, sin que ello implique que se desvirtúen, sino volverse más competitivas y contribuir a su propia financiación, pues los costos que generan son crecientes y las posibilidades de sufragarlos cada vez más difíciles, sobre todo en países como el nuestro en los cuales se reivindican otras necesidades en principio más urgentes.

Esa exigencia, sin duda, ha suscitado un cambio radical en las comunidades académicas en la forma de concebir y manejar las universidades públicas, las cuales se han visto abocadas a buscar y diseñar fuentes alternativas de financiamiento (...).”⁶

Ahora bien, lo citado plantea una correlación entre la exigencia del Estado a las universidades públicas, la posibilidad de encontrar fuentes de financiación y la función que estas cumplen a través de la extensión. Señala la Corte que el Estado y la sociedad exige a estas universidades *“no solo articularse y participar más activamente en la solución de los problemas que las aquejan, sin que ello implique que se desvirtúen, sino volverse más competitivas y contribuirá su propio financiación”*.

Así, la iniciativa legislativa desconoce la relación que se entabla entre los fines de la universidad, el interés público en su función y en la transferencia de los resultados de la actividad docente e investigativa y su situación presupuestal real, que en conjunto plantean un panorama que bien podría desvirtuar los argumentos que componen la exposición de motivos y que nutrirían un debate sobre la finalidad, alcance y efectos de una ley cuyo sentido propone limitar las posibilidades de interacción y colaboración de las universidades públicas con otros entes estatales.

En los términos llanamente planteados en la exposición de motivos de la ley, la iniciativa parte de una consideración equivocada sobre la realidad financiera de las universidades públicas, que desconoce la existencia de un problema de base que requeriría una solución estructural y que contrariamente a contribuir en su saneamiento, agravaría la situación manifiesta de las universidades de requerir fuentes de financiación y del apoyo estatal dirigido a facilitar encontrarlas y explotarlas.

Consideración adicional sobre el alcance de la norma frente a la autonomía contractual de la Universidad

Por último haremos referencia al siguiente aparte del proyecto de ley:

“En aquellos eventos en que el régimen aplicable a la contratación de la entidad ejecutora no sea el de la Ley 80 de 1993, la ejecución de dichos contratos estará en todo caso sometida a esta ley, salvo que la entidad ejecutora desarrolle su actividad en competencia con el sector privado o cuando la ejecución del contrato interadministrativo tenga relación directa con el desarrollo de su actividad”.

Aunque el aparte se encuentra en el proyecto de ley, es preciso aclarar que el mismo reproduce la norma vigente, que desde la expedición de la Ley 1474 de 2011 implica que actualmente la Universidad ejecute los contratos interadministrativos al amparo de esta disposición.

El interés frente a esta disposición radicada en que permite interpretarse como una condición adicional que implicaría que la Universidad, en lo relativo a la ejecución de contratos interadministrativos como contratista ante otras entidades estatales, estaría eventualmente sometida al régimen general de contratación de la administración pública.

Si bien esa posibilidad es cierta, también lo es que se da solo en el caso en que la ejecución del contrato no guarde relación con el desarrollo de la actividad del ejecutor, para este caso la Universidad, o que no lo haga en un entorno de competencia con el sector privado.

Como se ha dicho a lo largo de este escrito, la participación de la Universidad Nacional de Colombia como ejecutora o contratista en el marco de contratos interadministrativos celebrados con entidades sometidas al régimen general justamente es una manifestación de la misión de esta como institución pública universitaria, a través de la cual cumple su función de extensión, con los beneficios que ello reporta para el Estado y respecto de la cual se hace manifiesto el interés general.

La misma norma fue objeto de análisis por parte del Consejo de Estado⁷, que ante una consulta del Ministerio de Educación Nacional respondió lo siguiente:

⁶ Corte Constitucional - Sala Plena. Sentencia C-053 del 4 de marzo de 1998. Magistrado Ponente Fabio Morón Díaz.

⁷ Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil, Radicación número 11001-03-06-000-2012-00016-00(2092), 28 de junio de 2012.

“¿Cuál es el alcance del artículo 95 de la Ley 7474 de 2011, respecto de su aplicación a las universidades estatales en materia contractual?”

Lo dispuesto en el artículo 95 de la Ley 1474 de 2017 cubre a las universidades estatales cuando celebren contratos interadministrativos con entidades estatales sujetas al Estatuto General de Contratación Pública, particularmente en cuanto a que:

1. El contrato interadministrativo debe tener relación directa con el objeto de la universidad estatal.
2. Los contratos interadministrativos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública suscritos con universidades estatales deberán estar precedidos de licitación pública o selección abreviada.
3. La ejecución de los contratos interadministrativos por parte de universidades estatales se regirá por el Estatuto General de Contratación Pública, salvo, únicamente, cuando el objeto de dicho contrato “tenga relación directa con el desarrollo de su actividad”.
 - De ser positiva la anterior respuesta, quiere ello decir que con lo expedición de la Ley 1474 de 2011, en materia contractual ¿a las universidades estatales les es aplicable lo señalado en las Leyes 80 de 1993 y 1750 de 2007? Es decir, ¿existe derogatoria tácita en tal sentido de la Ley 30 de 1992.

Sin perjuicio de lo señalado en la respuesta anterior para los contratos interadministrativos suscritos por las universidades estatales, el artículo 95 de la Ley 1474 de 2011 no derogó los artículos 57 y 93 de la Ley 30 de 1992; en materia contractual las universidades del Estado continúan rigiéndose por el derecho privado, como lo prevé la Ley 30 de 1992”.

En nuestro criterio, lo que ha permitido que la Universidad ejecute contratos interadministrativos aplicando su régimen contractual en vigencia de esta disposición, se debe justamente a que esa actividad tiene una relación directa con el desarrollo de las funciones que le han sido asignadas legalmente, no solo como ente universitario sino como entidad pública, para lo cual es oportuno recordar no solamente todos los fines y objetivos que se persiguen con la extensión, sino la importancia dada en su desarrollo a la articulación de esta con la actividad de otros entes estatales y a la concreción a través de ella del principio constitucional y legal de colaboración y coordinación administrativa.

Conclusiones

Lo expuesto a lo largo de este documento recoge algunos argumentos y el acercamiento jurídico a cuestiones fundamentales que pueden plantearse frente a la iniciativa legislativa que pretende reducir las posibilidades para las entidades públicas

sometidas al Estatuto de Contratación de contratar directamente con universidades públicas, y están referidas específicamente a lo enunciado como justificación en la exposición de motivos.

En la argumentación se abordan cuestiones cuya naturaleza jurídica resalta, junto con otras que si bien escapan a esta naturaleza, ameritan un pronunciamiento con el propósito de poner en consideración la posibilidad de que sobre las mismas se reúnan argumentos desde las áreas o autoridades en la materia al interior de la Universidad, con la posibilidad de que se proponga un debate y, eventualmente, una intervención de la Universidad en el trámite al Proyecto de ley número 84 de 2016 del Senado de la República.

Fin del anexo

CONTENIDO

Gaceta número 1032 - Jueves, 9 de noviembre de 2017	
CÁMARA DE REPRESENTANTES	
CONCEPTOS	Págs.
Concepto previo y favorable al Proyecto de ley número 54 de 2017 Senado, sobre la conveniencia de crear el Distrito Petroquímico, Portuario y Turístico al Municipio de Barrancabermeja, Santander.....	1
ARCHIVOS	
Archivo al Proyecto de ley número 113 de 2013 Senado, 207 de 2012 Cámara, por medio de la cual se crea el Fondo de Fomento Parafiscal Fiquero, se establecen normas para el recaudo y administración de la cuota de Fomento Fiquero y se dictan otras disposiciones....5	
CARTAS DE COMENTARIOS	
Carta de comentarios del Ministerio de Hacienda y Crédito Público a la ponencia para segundo debate al Proyecto de Ley número 001 de 2017 Cámara, por medio de la cual se crea el Programa de Tamizaje Neonatal en Colombia.....	17
Carta de comentarios del Ministerio de Hacienda y Crédito Público al informe de ponencia para segundo debate al proyecto de ley número 042 de 2017 cámara, por medio de la cual se crea el nuevo Código de Ética Médica.....	24
Carta de comentarios del Ministerio de Hacienda y Crédito Público a la ponencia para segundo debate al Proyecto de ley número 97 de 2017 Cámara, por medio de la cual se expide la ley del actor para garantizar los derechos laborales y culturales de los actores y actrices en Colombia, fomentar las oportunidades de empleo para quienes ejercen la actuación, y se dictan otras disposiciones.	24
Carta de comentarios del Ministerio de Hacienda y Crédito Público al informe de ponencia para segundo debate al Proyecto de ley número 121 de 2016 Cámara, acumulado con el proyecto de ley número 080 de 2016 Cámara, por medio de la cual se modifica el régimen de ascensos de los miembros de la Policía Nacional de Colombia, y se dictan otras disposiciones.....	26
Carta de comentarios del Ministerio de Hacienda y Crédito Público al Proyecto de Ley número 262 de 2017 Cámara, por medio del cual se crea la Contribución Solidaria a la Educación Superior y se dictan otras disposiciones sobre los mecanismos y las estrategias para lograr la financiación sostenible de la Educación Superior.....	28
Carta de comentarios de la Universidad Nacional de Colombia al Proyecto de Ley número 285 de 2017 Cámara, 84 de 2016 Senado, por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública en Colombia, la ley de infraestructura y se dictan otras disposiciones.....	30