



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° 1041

Bogotá, D. C., martes, 14 de noviembre de 2017

EDICIÓN DE 36 PÁGINAS

DIRECTORES:

GREGORIO ELJACH PACHECO

SECRETARIO GENERAL DEL SENADO

www.secretariosenado.gov.co

JORGE HUMBERTO MANTILLA SERRANO

SECRETARIO GENERAL DE LA CÁMARA

www.camara.gov.co

RAMA LEGISLATIVA DEL PODER PÚBLICO

SENADO DE LA REPÚBLICA

INFORMES DE OBJECIONES PRESIDENCIALES

INFORME DE OBJECCIÓN PRESIDENCIAL AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 123 DE 2016 SENADO, 082 DE 2015 CÁMARA

por medio de la cual se establecen los lineamientos para el desarrollo de la política pública de prevención de la infertilidad y su tratamiento dentro de los parámetros de salud reproductiva.

Bogotá, D. C., octubre de 2017

Doctor:

EFRAÍN CEPEDA SARABIA

Presidente

Senado de la República

Ciudad.

Referencia: Informe de la Comisión Accidental para estudio de objeciones por inconstitucionalidad e inconveniencia del **Proyecto de ley número 123 de 2016 Senado, 082 de 2015 Cámara**, por medio de la cual se establecen los lineamientos para el desarrollo de la política pública de prevención de la infertilidad y su tratamiento dentro de los parámetros de salud reproductiva.

Señor Presidente:

En cumplimiento del encargo impartido, la Comisión Accidental integrada por los Senadores: *Jorge Iván Ospina Gómez, Antonio José Correa Jiménez, Nadia Blel Scaff y Yamina Pestana Rojas*, designada para el estudio de las objeciones presidenciales del proyecto de ley de la referencia, se permite rendir el presente informe, a fin de someterlo a consideración de la honorable plenaria del Senado de la República, de conformidad con los artículos 167 de la Constitución Política y 66 de la Ley 5ª de 1992.

1. De las objeciones por inconstitucionalidad

1.1 Violación de la ley estatutaria de salud y del principio de democracia participativa.

1.1.1 Argumentos del Gobierno nacional

El Gobierno nacional objeta el artículo 4º, por las siguientes razones de inconstitucionalidad:

La disposición objetada establece:

Artículo 4º. Tratamiento de fertilidad. *Establecida la política pública de infertilidad en un término no superior a un año, el Ministerio de Salud y Protección Social reglamentará el acceso a los tratamientos de infertilidad mediante técnicas de reproducción humana asistida o Terapias de Reproducción Asistida (TRA) conforme a los lineamientos técnicos para garantizar el derecho con recursos públicos, bajo el enfoque de derechos sexuales y derechos reproductivos contenidos en el modelo del Plan Decenal de Salud Pública, cumpliendo con los siguientes criterios:*

1. *Determinación de requisitos. Requisitos como edad, condición de salud de la pareja infértil, números de ciclos de baja o alta complejidad que deban realizarse conforme a la pertinencia médica y condición de salud, capacidad económica de la pareja o nivel de Sisbén, frecuencia, tipo de infertilidad.*
2. *Definición de mecanismos de protección individual para garantizar las necesidades en salud y la finalidad del servicio, y definición de la infraestructura técnica requerida para la prestación del servicio.*

3. *Los demás que se consideren necesarios para la aplicación de la ley, en el marco del interés general y la política pública.*

A juicio del Gobierno nacional tal disposición desconoce las reglas de la Ley 1751 de 2015, para delimitar el acceso al derecho fundamental a la salud, específicamente para establecer los beneficios de salud que deben garantizarse en los recursos públicos y es que a partir de las normas estatutarias incorporadas a dicha ley se desprende que el legislador ordinario carece de competencia para establecer de forma aislada y particular la ampliación de los beneficios referenciados.

Por otra parte, considera que el trámite legislativo se aparta del principio de democracia participativa, toda vez que el establecimiento de inclusiones así como beneficios deben adoptarse previa aplicación del mecanismo técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente que debía definirse a través de una ley.

1.1.2 Respuesta a la objeción

El artículo puesto a consideración no establece beneficios aislados y particulares, pues el acceso a los tratamientos de infertilidad mediante técnicas de reproducción humana asistida o Terapias de Reproducción Asistida (TRA) se proponen dentro del marco de una política pública participativa, que deberá ser orientada por el Gobierno nacional a través del Ministerio de Salud y Protección Social.

La ley 1752 de 2015, en su artículo 15, define que los recursos públicos asignados a la salud no podrán asignarse a financiar servicios y tecnologías en que se advierta alguno de estos criterios:

- Que tengan como finalidad principal un propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas;
- Que no exista evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínica;
- Que no exista evidencia científica sobre su efectividad clínica;
- Que su uso no haya sido autorizado por la autoridad competente;
- Que se encuentren en fase de experimentación;
- Que tengan que ser prestados en el exterior.

Esta regla de excepción, tal como lo advierte la jurisprudencia constitucional, se ajusta a la Constitución, en la medida en que dada las particularidades del caso concreto no se trate de situaciones que configuren los requisitos dados por la jurisprudencia para excepcionar lo allí dispuesto.

Se ajusta a la Constitución, siempre y, cuando dada las particularidades del caso concreto, no se trate de situaciones que reúnan los requisitos establecidos por la jurisprudencia para excepcionar lo dispuesto por el legislador y en el caso concreto, no se afecte la dignidad humana de quien presenta el padecimiento¹.

En ese sentido, la Corte ha desarrollado un precedente jurisprudencial excepcional frente al acceso a los tratamientos de infertilidad, como una garantía fundamental del derecho a la salud, de la siguiente manera:

Los tratamientos de fertilidad a la luz de la jurisprudencia vigente hasta 2014

La jurisprudencia relativa[21], al derecho a la salud, específicamente en punto al amparo de los tratamientos de fertilidad, ha tenido dos vertientes de resolución de los casos, una primera línea temprana sostenida por mucho tiempo hasta el año 2014, y otra construida a partir de esa fecha con las Sentencias **T-528 de 2014** y **T-274 de 2015**.

En su jurisprudencia inicial, esta Corporación señaló que la acción de tutela no procedía en tales casos, principalmente debido a que este tipo de tratamientos estaban expresamente excluidos del POS. Además, (i) su costo excesivo representaba una disminución en el cubrimiento de servicios de salud prioritarios; (ii) el derecho a la procreación no puede extenderse hasta el punto de constreñir a la administración a garantizar la maternidad biológica de una persona cuyo condicionamiento biológico *per se* no le permite su goce[22] y (iii) en virtud de la libertad de configuración legislativa, era posible la exclusión del POS de los tratamientos de fertilidad, es decir, se trataba de un ejercicio legítimo del desarrollo de dicha facultad[23].

No obstante, como parte de esta línea, la Corte matizó algunos casos en los que se hacía procedente la garantía de los derechos a la salud en amparo a los tratamientos de fertilidad, a saber: (a) cuando el tratamiento de fertilidad ya ha sido iniciado por parte de la EPS y esta lo interrumpe de manera inesperada, es decir, que no hay una razón científica que sustente dicho proceder; (b) cuando lo solicitado por el accionante es la práctica de exámenes con el fin de diagnosticar cuál es la causa de la infertilidad; y por último, (c) cuando la infertilidad es la consecuencia de otra enfermedad[24]. La Corte estimó en dichos casos, que en virtud de los principios de confianza legítima y de la continuidad en la prestación del servicio de salud, no era permitido a las EPS suspender los tratamientos de fertilidad ya iniciados, a pesar de que no tuvieran la obligación de suministrarlos[25]. Igualmente protegió en su momento el derecho al diagnóstico y a la falta

¹ Sentencia C-313/14.

de certeza sobre la enfermedad, ordenando la práctica de exámenes, con el fin de que la persona tuviera pleno conocimiento sobre su estado de salud, aclarando siempre que ello no suponía la realización del tratamiento de fertilidad[26].

La jurisprudencia en vigor sobre los derechos sexuales y reproductivos. Sentencias T-528 de 2014 y T-274 de 2015

La jurisprudencia vigente de la Corte Constitucional, apoyada en distintos pronunciamientos de organismos internacionales, ha señalado actualmente, que el ejercicio de los derechos reproductivos supone el reconocimiento, el respeto y la garantía de la facultad que tienen las personas de decidir libremente sobre la posibilidad de procrear o no, cuándo y con qué frecuencia, así como la libertad de decidir responsablemente el número de hijos. Por ende, la injerencia injustificada sobre este tipo de decisiones trae consigo la limitación en el ejercicio de otros derechos fundamentales como la libertad y la autodeterminación, el libre desarrollo de la personalidad, la intimidad personal y familiar y el derecho a conformar una familia.

El primer pronunciamiento que avizora una nueva hermenéutica frente a la tutela para los tratamientos de fertilidad es el fallo **T-528 de 2014**, que si bien está direccionado a un tratamiento de fertilidad específico como es la FIV (Fertilización *in vitro*, como técnica de reproducción asistida para controlar la infertilidad) sus consideraciones son válidas para todos los casos englobados en el género de **“tratamientos de fertilidad”**.

Aunque la Corte negó la protección de los derechos invocada por el actor, incluyó importantes consideraciones sobre la insuficiencia de regulación de los tratamientos de fertilidad en Colombia y la opacidad de la jurisprudencia de esta Corporación sobre la materia.

Hizo referencia la sentencia a la relación entre el derecho a la reproducción humana y el derecho fundamental a la salud en su faceta reproductiva. Sobre este asunto, explicó que el derecho a la reproducción humana *“se deriva de los derechos a la libertad y a la autodeterminación[28], al libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad personal y familia y a la libertad para fundar una familia”*, y según el Comité de Derechos Humanos *“la posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia[29]”*.

De igual forma, señaló que *“existe un vínculo estrecho entre la autonomía personal, la libertad reproductiva y la integridad física y psicológica[30], este último conectado, a su vez, con el derecho a la salud, debido a que [s]iendo la preservación de las condiciones físicas, psicológicas y espirituales de la persona objeto de protección del derecho fundamental a la integridad personal existe una*

estrecha relación entre este derecho y el derecho a la salud[, pues este último] protege igualmente la preservación de la integridad de la persona humana, no sólo frente a agresiones humanas sino también frente a todo tipo de agentes naturales o sociales’[31]”.

Concordante con lo anterior, la Corte recordó que el derecho fundamental a la salud protege varios ámbitos de la vida humana, identificando distintas categorías como la salud física, la salud psicológica, la salud mental, la salud emocional y la salud social. Dentro de tales categorías se encuentra la salud sexual y reproductiva, entendida esta última como *“[...] un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos (...) [E]ntiende la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia[32]”*.

De igual forma, se remitió a lo dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a que la *“salud reproductiva implica además los derechos del hombre y de la mujer a ser informados y a tener libre elección y acceso a métodos para regular la fecundidad, que sean seguros, eficaces, de fácil acceso y aceptables”*.

Hizo igual referencia a lo establecido por el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, celebrada en El Cairo en 1994, en el sentido de que *“[d]eberían proporcionarse técnicas de fecundación *in vitro* de conformidad con directrices éticas y normas médicas apropiadas”[33]* para combatir la infertilidad, lo que guarda estrecha relación con el goce de los beneficios del progreso científico. Sobre este punto precisó:

“Partiendo de este amplio reconocimiento, señaló la Corte IDH que [d]el derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia[,] se deriva el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva, y, en consecuencia, la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias de iure o de facto para ejercer las decisiones reproductivas que correspondan en cada persona’[34]”.

Con fundamento en lo anterior, en la citada providencia se exhortó al Gobierno, a través del Ministerio de Salud y Protección Social, para que revisara la situación de aquellas personas que no cuentan con los recursos económicos para costear los tratamientos de fertilidad e iniciara una discusión pública y abierta que incluyera en la agenda la posibilidad de ampliar la cobertura del Plan Obligatorio de Salud. Lo anterior

considerando que varios países de América Latina con una situación económica, social y política similar a la de Colombia han avanzado en la regulación de las técnicas y los tratamientos de reproducción humana asistida y/o en su inclusión en el sistema público de salud o en los seguros sociales[35]. (Subrayado fuera del texto).

6.2 La Sentencia **T-274 de 2015**, en la misma línea vislumbrada por la Sentencia T-528 de 2014 sobre la interpretación de los derechos sexuales y reproductivos, anunció en sus considerandos la necesidad de presentar “*algunas consideraciones desde una perspectiva diferente no examinada ni valorada en la jurisprudencia constitucional hasta ese momento, referida a los derechos a la igualdad y no discriminación, al libre desarrollo de la personalidad y a conformar una familia, su relación con la garantía de los derechos sexuales y reproductivos y su protección a través del sistema de seguridad social en salud, en el marco de la Constitución Política de 1991 y de los instrumentos de derecho internacional que se integran a ella (bloque de constitucionalidad)*”.

Se estudió esa vez el caso de varias accionantes que habiendo solicitado a sus respectivas entidades prestadoras de salud el tratamiento de maternidad asistida denominado *Fecundación in vitro*, este les fue negado tras estimar que se encontraba fuera del POS.

-Reiteró en primer lugar la sentencia, la línea uniforme que ha trazado la Corte Constitucional sobre el reconocimiento, titularidad, naturaleza y contenido de los derechos sexuales y reproductivos[37], entendiéndolo que tales derechos reconocen y protegen la facultad de las personas de tomar decisiones libres sobre su sexualidad y su reproducción, e implica la obligación del Estado de brindar los recursos necesarios para hacer efectiva tal determinación.

-Recordó la diferencia plasmada en la jurisprudencia respecto de los derechos sexuales y los derechos reproductivos, en tanto “*sexualidad y reproducción son dos ámbitos diferentes en la vida del ser humano, en tanto que la primera no debe ser entendida solamente como un medio para lograr la segunda*”[38], reconociendo no obstante que ambos derechos están indudablemente relacionados, dado que la autonomía en las decisiones reproductivas contribuye a llevar una vida sexual sin riesgo de embarazos no deseados, lo que quiere decir que cada una de estas categorías posee una definición y un contenido propio pero parten de una base común[39]. Al respecto, se trajo la Sentencia T-732 de 2009 en la que la Corte sostuvo:

“Esta primera aproximación nos indica que abarcan pretensiones de libertad, que exigen del Estado abstenciones, pero también contienen reivindicaciones de tipo prestacional, que

requieren del mismo una actividad concreta, las cuales deberán ser desarrolladas por el legislador y la administración para determinar específicamente las prestaciones exigibles y las condiciones para acceder a las mismas, las instituciones obligadas a brindarlas y su forma de financiación, teniendo en cuenta que se debe atender, de modo prioritario, a quienes más lo necesitan, tal y como sucede con todos los derechos según la jurisprudencia constitucional[40]. En esta tarea, tanto el legislador como la administración deberán respetar los mandatos constitucionales y los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia que hacen parte del bloque de constitucionalidad (artículo 93 de la Constitución), para lo cual deben tener en cuenta las interpretaciones que los órganos autorizados han hecho sobre el alcance de los derechos que reconocen estas normas[41]”.

-Teniendo en cuenta que en el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos están implícitas otras garantías fundamentales, la Sala Sexta consideró pertinente realizar el estudio de esos otros derechos involucrados en los casos en los que se discute el amparo a los derechos reproductivos, en dos ámbitos diferentes pero confluyentes: el derecho interno y la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el derecho emanado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, especialmente en el caso “*Artavia Murillo y otros contra Costa Rica*”. A la luz de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, se estudió por la Corte IDH el caso de varias parejas cuya única posibilidad de procrear biológicamente estaba sujeta a la realización de un procedimiento de fertilidad específico (fertilización *in vitro*), el cual fue prohibido por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, mediante sentencia del 15 de marzo de 2000, al anular el Decreto número 24029-S de 1995, que autorizaba su práctica.

De la normativa constitucional colombiana y de su jurisprudencia, la Sentencia T-274 de 2015 resalta lo siguiente:

-El artículo 16 de la Constitución Política señala que “*todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico*”. El derecho al libre desarrollo de la personalidad está íntimamente relacionado con la dignidad humana como “*derecho fundante del Estado*”[42], con la autodeterminación y la vocación pluralista de la Carta Política. Sobre el particular esta Corporación ha explicado que se trata de una garantía que protege las decisiones que las personas de manera responsable y autónoma, toman con respecto a su plan de vida. En este sentido, se considera violado cuando a un individuo se le impide “*alcanzar o perseguir aspiraciones legítimas de vida o valorar y escoger*

libremente las circunstancias que dan sentido a su existencia”[43], de manera arbitraria, irrazonable e injustificada”[44].

-De igual forma, la Constitución reconoce, en su artículo 42, el derecho a conformar de manera responsable una familia y de las parejas a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos. Este derecho es, a su vez, una de las expresiones de los derechos sexuales y reproductivos. Al respecto, la Corte ha sostenido: *“los derechos reproductivos protegen la autodeterminación reproductiva asociada con la progenitura responsable consagrada en el artículo 42 Superior, y que se entiende como la facultad que tienen las personas de decidir si quieren o no tener hijos y en qué momento. Este derecho supone la prohibición de cualquier interferencia externa en la toma de este tipo de decisiones personales, por lo cual se considera vulnerado cuando la persona es sometida a cualquier tipo de violencia física, psicológica o a actos de discriminación, como embarazos, esterilizaciones o abortos forzados. Los derechos reproductivos también amparan el derecho de las personas a acceder a servicios de salud reproductivos, lo cual incluye tratamientos médicos para enfermedades del aparato reproductor, embarazos libres de riesgos y acceso a información y métodos de anticoncepción”[45].*

-Señaló la sentencia, que los derechos sexuales reconocen la libertad sexual o bien el derecho que le asiste a cada persona para decidir si quiere o no tener relaciones sexuales y con quién, sin que exista violencia, coacción o interferencias arbitrarias de terceros. Asimismo, protegen el acceso a servicios de salud sexual. Al respecto, la Corte ha destacado que *“la protección constitucional de la persona en su plenitud, bajo la forma del derecho a la personalidad y a su libre desarrollo (C. P., arts. 14 y 16), comprende en su núcleo esencial el proceso de autónoma asunción y decisión sobre la propia sexualidad. Carecería de sentido que la autodeterminación sexual quedara por fuera de los linderos de los derechos al reconocimiento de la personalidad y a su libre desarrollo, si la identidad y la conducta sexuales, ocupan en el desarrollo del ser y en el despliegue de su libertad y autonomía, un lugar tan destacado y decisivo[46]”[47].*

-Refiriéndose a los derechos reproductivos, la sentencia recordó que este Tribunal ha señalado que con fundamento en la Constitución, los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia y la jurisprudencia constitucional, los mismos reconocen y protegen (i) la autodeterminación reproductiva y (ii) el acceso a servicios de salud reproductiva, de la siguiente manera: (i) en la Declaración de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo del Cairo de 1994 se estableció que esta categoría de derechos *“abarca ciertos derechos*

humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de Naciones Unidas aprobados por consenso” (Principio 4). Bajo ese entendido, los derechos reproductivos están implícitos en los derechos fundamentales a la vida digna (artículos 1° y 11), a la igualdad (artículos 13 y 43), al libre desarrollo de la personalidad (artículo 16), a la información (artículo 20), a la salud (artículo 49) y a la educación (artículo 67), entre otros.

En esa medida y atendiendo al avance de la jurisprudencia constitucional, la declaratoria de exclusión de servicios de salud para el acceso a tratamientos de fertilidad resulta inconstitucional en algunos casos; por ello, la iniciativa plantea que mediante la Política pública de infertilidad y la reglamentación de estos tratamientos se vinculen los criterios excepcionales dados por la jurisprudencia constitucional para el acceso a los tratamientos.

El mecanismo de exclusión incorporado por la Ley Estatutaria de Salud (LES) *per se*, no limita la posibilidad de ampliación progresiva de los beneficios ni restringe la posibilidad de que el legislador lo realice bajo el marco de su competencia; lo que la ley estatutaria plantea es la necesidad de que esta ampliación progresiva se realice mediante un procedimiento técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente, que será definido por ley.

Sin embargo, a la fecha tal procedimiento no se encuentra definido, situación que no debe tomarse como argumento para fundamentar la inmutabilidad de los beneficios del sistema cuando existen razones técnico-científicas definidas que habilitan su vinculación cimentadas bajo el principio de la progresividad.

Debe recordarse en este aspecto que desde el año 2015 la Corte Constitucional ha sido reiterante en exhortar al Gobierno nacional, por conducto del Ministerio de Salud y Protección Social, a iniciar una discusión pública y abierta de la política pública que incluya en la agenda la posibilidad de ampliar la cobertura del Plan Obligatorio de Salud a dichas técnicas científicas².

Por otra parte, la interpretación armónica de la disposición respecto a la integridad del texto propuesto, permiten identificar que el legislador es respetuoso de las competencias asignadas al Ministerio de Salud y Protección Social frente al establecimiento de beneficios adicionales y exclusiones; pues como líder de la política pública de salud, la iniciativa reconoce bajo su competencia el deber de reglamentación en relación al acceso a los tratamientos de reproducción asistida y las modalidades que integrarán el plan de beneficios.

² Sentencia T-274/15.

Los criterios delimitantes propuestos para el acceso a estas técnicas de reproducción asistida, corresponden a los criterios sugeridos por la Corte Constitucional que requieren ser analizados para determinar la realización de los tratamientos de reproducción asistida, como la condición de salud del o la paciente, la edad, el número de ciclos o intentos que deban realizarse y su frecuencia, la capacidad económica del afiliado.

Ahora bien, frente al cargo de violación del principio de democracia participativa, el Gobierno Nacional asume que el legislador ignoró la realización de espacios de concertación con la población ciudadana sobre la ampliación de los beneficios de salud respecto a los tratamientos de infertilidad. En este aspecto es necesario determinar que la iniciativa promueve los lineamientos en los cuales se debe desempeñar la política pública de infertilidad; sin embargo, la estructuración de la misma corresponde al Ministerio de Salud y Protección Social, que como lo ha definido la jurisprudencia constitucional, tendrá a su cargo observar en medio de su realización la obligación de elaborar los mecanismos que garanticen la participación en las diferentes etapas del plan.

La tercera condición es que los procesos de decisión, elaboración, implementación y evaluación de la política pública permitan la participación democrática.[57. 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 éstos sean inocuos y sólo prevean una participación intrascendente'[58] Cuál es el grado mínimo de participación que se debe garantizar a las personas, depende del caso específico que se trate, en atención al tipo de decisiones a tomar. Por ejemplo, en la Sentencia T-595 de 2002, a propósito de la protección de la libertad de locomoción en el contexto del transporte público, la Corte indicó, con base en el pronunciamiento expreso del legislador, que el alcance mínimo que se debía dar a la participación ciudadana en esta área, debía contemplar "por lo menos, a la ejecución y al sistema de evaluación del plan que se haya elegido." [59]. La Corte resolvió proteger el derecho a la participación del accionante, en su condición de miembro de organizaciones para la defensa de las personas con discapacidad.[60]³.

Además de lo anterior, el legislador con miras a nutrir la construcción democrática y deliberativa de la iniciativa, desarrolló audiencia pública con distintos sectores (Ministerio de Salud, comunidad científica beneficiarios de la medida, universidades, entre otros) relacionados con el objeto de la iniciativa legislativa; la cual fue llevada a cabo en la Comisión Séptima de Senado

el pasado mes de octubre de 2016, a fin de debatir la posibilidad de incluir en el Plan de Beneficios del Sistema de Seguridad Social en Salud, las técnicas de reproducción humana asistida reconocidas científicamente para el tratamiento de la infertilidad.

De las cuales se obtuvieron las siguientes observaciones:

- *Inexistencia de una política nacional frente a la infertilidad como una enfermedad de interés público que atenta contra la salud y los derechos sexuales y reproductivos.*
- *Deficiencias en el sistema de salud para la formulación de diagnósticos y tratamiento oportuno.*
- *Deficiente acceso a información y esquemas de prevención de infertilidad y enfermedades asociadas.*
- *Reconocimiento tratamientos de fertilidad por parte de las EPS mediante procedimiento judicial (tutela) como único mecanismo de garantía a la protección del derecho a la salud sexual y reproductiva.*
- *Costo e impacto fiscal al Sistema de Seguridad Social en Salud por la inclusión de los tratamientos de reproducción asistida al POS.*

1.2 Violación del principio de eficiencia y equidad

1.2.1 Argumentos del Gobierno nacional

El proyecto de ley materia de objeción desconoce el principio de eficiencia establecido en el artículo 48 de la Constitución y en el artículo 6° de la Ley Estatutaria en Salud, así como el principio de equidad establecido en el artículo 6° de la Ley Estatutaria en Salud.

Lo anterior, en consideración a que los recursos limitados de salud se destinarán a financiar tratamientos para la infertilidad, lo cual ponen en riesgo la prestación del servicio de salud a la mayoría de sus afiliados sin garantizar efectividad en el logro perseguido y afecta a los usuarios con menor capacidad de pago que son los que demandan con mayor necesidad el uso del sistema.

1.2.2 Respuesta a la objeción

Respecto a los principios normativos que vinculan la realización del derecho a la salud, no puede establecerse una interpretación aislada de cada uno de ellos; así, como la ley plantea la necesidad de reconocer la protección en condiciones de equidad a la población vulnerable; también reconoce, en cabeza del Estado la obligación de promover la correspondiente ampliación gradual y continua del acceso a los servicios y tecnologías de salud, la mejora en su prestación, la ampliación de capacidad instalada del sistema de salud y el mejoramiento del talento

³ T-750/08.

humano, así como la reducción gradual y continua de barreras culturales, económicas, geográficas, administrativas y tecnológicas que impidan el goce efectivo del derecho fundamental a la salud;

En esa medida y tal como se ha relacionado a lo largo del escrito, en los últimos 5 años de avance jurisprudencial, la Corte le ha propuesto al Gobierno establecer progresivamente dentro del sistema la posibilidad de acceso a los tratamientos de infertilidad.

La ampliación progresiva del plan de beneficios debe sopesar el contraargumento del equilibrio financiero del sistema de salud. Pero, si bien esta condición, que ha funcionado como una suerte de contención de los costos al interior del régimen, debe ser tenida en cuenta, permitiendo que el avance sea progresivo y modulado, no puede ser un argumento per se para paralizar en el tiempo la extensión del plan obligatorio de salud.⁴

2. DE LAS OBJECIONES POR INCONVENIENCIA

2.1 Violación de la sostenibilidad fiscal

2.2.1 Argumentos del Gobierno nacional

El Proyecto de ley Contraria lo dispuesto en los artículos 334 de la Constitución, 5° y 6° de la Ley Estatutaria de Salud y 7° de la Ley 819 de 2003. Los tratamientos de infertilidad para toda la población que lo requiere puede llegar a costar cerca de \$13 billones, para lo cual el proyecto no dispuso fuente adicional de recursos y desconoció los conceptos de impacto fiscal emitidos por el Ministerio de Hacienda y Crédito público durante el trámite legislativo. Esto se traduce en un riesgo para la atención de los servicios de salud a los que accede toda la población, y que tiene un costo cercano a los \$40, billones al año, pues cerca del 32,5% de estos recursos tendrían que destinarse.

2.2.2 Respuesta a la Objeción

La justificación bajo la cual se ha mantenido a los tratamientos de reproducción asistida por fuera de la cobertura del Plan de Beneficios de Salud, se relaciona con la mayor efectividad en la utilización de los recursos del sistema y la destinación de los mismos en servicios que contribuyan al diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad.

Pese a argumento, es menester destacar que el reconocimiento de garantías fundamentales dentro del Estado Social de Derecho no puede encontrarse limitado a las afectaciones económicas que implica la adaptación del sistema para materializar la protección; en esa medida el Estado es llamado a asumir el costo del Estado Social de Derecho.

No es aceptable que pasados más de veinte de la expedición de la Ley 1000 de 1993, el Estado continúe dando la misma respuesta a las personas que padecen infertilidad, a sabiendas que el sistema de seguridad social en salud debe ser progresivo y más aún cuando varios países de América Latina con una situación económica, social y política similar a la de Colombia han avanzado en la regulación de las técnicas y los tratamientos de reproducción humana asistida y/o en su inclusión en el sistema público de salud o en los seguros sociales.

El sistema actual les vulnera a 235.914 parejas su derecho fundamental de acceso a la salud y la libertad reproductiva reconocido constitucionalmente y los cuales hacen parte del bloque de constitucionalidad, en virtud de los tratados internacionales que promueven su reconocimiento. En esa medida, como lo ha definido la Corte Constitucional, el principio de sostenibilidad fiscal, es un criterio que posee un límite explícito constitucionalmente el cual no puede invocarse para afectar, o bien menoscabar, restringir o negar el alcance y protección de derechos fundamentales.

Como se anotó anteriormente, el principio de sostenibilidad fiscal, es un criterio de orientación de las ramas del poder público que se instituye como herramienta para racionalizar el gasto y garantizar el efectivo cumplimiento de los fines Estatales. Dicho criterio contiene un límite explícito en el propio texto constitucional de acuerdo con el cual, de ninguna manera este podrá invocarse para afectar, o bien menoscabar, restringir o negar el alcance y protección de los derechos fundamentales.⁵

Así, el ejercicio de los derechos reproductivos supone el reconocimiento, el respeto y la garantía de la facultad que tienen las personas de decidir libremente sobre la posibilidad de procrear o no, cuándo y con qué frecuencia, así como la libertad de decidir responsablemente el número de hijos. La injerencia injustificada sobre este tipo de decisiones trae consigo la limitación en el ejercicio de otros derechos fundamentales como la libertad y la autodeterminación, el libre desarrollo de la personalidad, la intimidad personal y familiar y el derecho a conformar una familia; por ello, también en estos casos se aplica la cláusula que prohíbe su afectación, limitación o negación por razones de sostenibilidad fiscal.

En un pronunciamiento puntual frente a la sostenibilidad financiera y los tratamientos de fertilidad, la Corte manifestó:

La conservación del equilibrio financiero constituía un argumento válido para la exclusión de los tratamientos de reproducción asistida del

⁴ T-274/15.

⁵ C-753/2013.

Plan Obligatorio de Salud, ello no significaba que no se pudiese avanzar en su inclusión. Además, porque resultaba constitucionalmente problemático mantener de manera general ese tipo de exclusiones; es decir, “a pesar de ser razonable tal exclusión del plan de beneficios, hacerlo en todos los casos puede conducir a la vulneración de ciertos derechos fundamentales.”⁶

En relación con el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 7° de la Ley 819 de 2003, tal como la jurisprudencia Constitucional así lo ha precisado, el concepto emitido de impacto fiscal, no puede constituirse como una limitación a la función legislativa del Congreso.

Por todo lo anterior, la Corte considera que los primeros tres incisos del artículo 7° de la Ley 819 de 2003 deben entenderse como parámetros de racionalidad de la actividad legislativa, y como una carga que le incumbe inicialmente al Ministerio de Hacienda, una vez que el Congreso ha valorado, con la información y las herramientas que tiene a su alcance, las incidencias fiscales de un determinado proyecto de ley. Esto significa que ellos constituyen instrumentos para mejorar la labor legislativa.

*Es decir, el mencionado artículo debe interpretarse en el sentido de que su fin es obtener que las leyes que se dicten tengan en cuenta las realidades macroeconómicas, pero sin crear barreras insalvables en el ejercicio de la función legislativa ni crear un poder de veto legislativo en cabeza del Ministro de Hacienda. Y en ese proceso de racionalidad legislativa la carga principal reposa en el Ministerio de Hacienda, que es el que cuenta con los datos, los equipos de funcionarios y la experticia en materia económica”.*⁷

“...Al respecto, esta Corte considera que dicho concepto en efecto constituye un deber que reposa en cabeza del señor Ministro, en la labor de análisis del impacto fiscal de las normas no es de competencia exclusiva del Ejecutivo en materia de iniciativa en el gasto público. Pero la ausencia de dicho concepto no puede dar al traste con la iniciativa del Congreso en materia del gasto público en aras de salvaguardar el principio democrático a que se ha referido esta Corte. En efecto, la ausencia de dicho concepto conforme a los antecedentes legislativos que reposan en este asunto, aunque ello no resulte muy claro, no puede implicar la paralización ni mucho menos la no aprobación del proyecto de ley cuando ello se debe es al incumplimiento por el mismo Gobierno del deber impuesto por el artículo 7° de la Ley 819, que ahora objeta. Las objeciones presentadas por el Gobierno, que no sobra señalar la firma el propio Ministro de Hacienda y Crédito Público

*tienen soporte en la omisión del Gobierno, incumplimiento que no puede servirle de sustento a la objeción posterior. Por lo anterior, resulta infundada esta objeción presidencial. Conforme a lo señalado, las objeciones presidenciales respecto del inciso 1 del artículo 1° del proyecto de ley por desconocimiento del artículo 7° de la Ley 819 de 2003, en lo objetado, y, por ende, del artículo 151 de la Carta Política, resultan ser infundadas...” [118].*⁸

2.2 El país cuenta con una Política Nacional de Sexualidad y Derechos Sexuales y reproductivos 2014-2021 y una política de atención integral en salud.

2.2.1 Argumentos Gobierno nacional

Esta política es un lineamiento encaminado a lograr la garantía de los derechos sexuales y reproductivos, soportada en instrumentos de derecho internacional; atiende a las obligaciones previstas en la mencionada Ley 1751, en materia de respeto, protección y garantía del derecho fundamental a la salud, a cuyo tenor de su 5°, de un lado, en la adopción de la regulación y políticas en materia de salud se debe prever su sostenibilidad desde el punto de vista financiero, y de otro, en la garantía del mencionado derecho los avances deben hacerse de manera razonable y progresiva.

2.2.2 Respuesta objeciones

La iniciativa propuesta, no plantea un desconocimiento de la política pública de derechos sexuales y reproductivos vigente en el país; lo que promueve es la construcción de una política pública específica, diferencial y especial de infertilidad para garantizar el ejercicio pleno de estos derechos, bajo una serie de componentes a relacionar:

- Investigativo: Fomento de la investigación científica, en los sectores público y privado, sobre las diversas causas de la infertilidad y los tratamientos que podrían coadyuvar a prevenirla, tratarla y curarla.
- Preventivo: Desarrollo integral e interdisciplinar de estrategias de promoción y prevención de la infertilidad y las enfermedades asociadas a la misma.
- Educativo: La educación sexual y reproductiva incluirá la información sobre infertilidad y su abordaje terapéutico, en temas como: hábitos de vida saludables que actúan como factores protectores de la infertilidad sobreviniente; la relación entre las causas de la infertilidad y otras patologías asociadas; los programas y tratamientos de infertilidad; y otros temas relevantes para la atención integral de esta enfermedad.

⁶ T-274 de 2015.

⁷ C-625 de 2010.

⁸ C-313 de 2014.

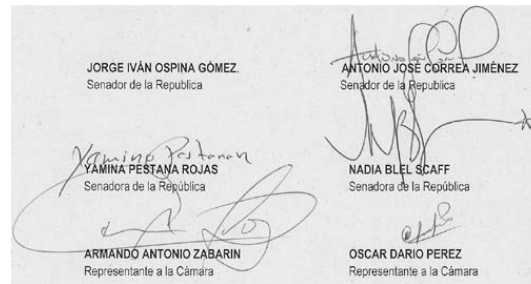
- Diagnóstico y tratamiento oportuno: Establecimiento de esquemas de atención, diagnóstico y tratamiento oportuno frente a la patología infertilidad; así como fomento de la formación de profesionales de la salud en el área de la infertilidad, desde una perspectiva integral.
- Adopción. Establecimiento de lineamientos sociales y legales de priorización que permitan garantizar el derecho a formar una familia a partir de la institución de la adopción a las personas diagnosticadas como infértiles.

Además, atiende a las exhortaciones dadas por la Corte Constitucional, en la sentencia T-528 de 2014, al Gobierno nacional, para que se realice la revisión de la situación que tienen que enfrentar las personas que padecen de infertilidad y no cuentan con recursos económicos para costear los tratamientos de reproducción humana asistida, entre ellos, la fertilización in vitro, e inicie una discusión pública y abierta de la política pública que incluya en la agenda la posibilidad de ampliar

la cobertura del Plan Obligatorio de Salud a dichas técnicas científicas.

PROPOSICIÓN

Por las anteriores consideraciones, la Comisión Accidental designada para estudio de objeciones presidenciales se permite proponer ante la Plenaria del Senado de la República, aprobar el presente informe, declarando **infundadas** las objeciones presidenciales al **Proyecto de ley número 123 de 2016 Senado, 082 de 2015 Cámara**, por medio de la cual se establecen los lineamientos para el desarrollo de la política pública de prevención de la infertilidad y su tratamiento dentro de los parámetros de salud reproductiva.



PONENCIAS

INFORME DE PONENCIA PARA SEGUNDO DEBATE AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 22 DE 2016 SENADO

por medio de la cual se incluye la Economía Colaborativa Digital (ECD) en Colombia.

Bogotá, D. C., 14 de noviembre de 2017

Doctores

ANTONIO GUERRA DE LA ESPRIELLA

Presidente

RAFAEL OYOLA ORDOSGOITIA

Secretario General

Comisión Tercera Constitucional Permanente

Senado de la República

Ciudad

Referencia: Informe de ponencia para segundo debate - Proyecto de ley número 22 de 2016 Senado, por medio de la cual se incluye la Economía Colaborativa Digital (ECD) en Colombia.

Respetados doctores:

De conformidad con la designación hecha por la honorable Mesa Directiva de la Comisión Tercera Constitucional Permanente del honorable Senado de la República, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 150 de la Ley 5ª de 1992, de manera atenta someto a consideración de los

honorables Senadores, el presente informe de ponencia para segundo debate en el honorable Senado de la República al Proyecto de ley número 22 de 2016 Senado, *por medio de la cual se incluye la Economía Colaborativa Digital (ECD) en Colombia* en los siguientes términos:

1. ANTECEDENTES Y TRÁMITE DE LA INICIATIVA

El proyecto de ley fue radicado en la Secretaría General del Senado de la República el 21 de julio de 2016, presentada por los honorables Senadores Andrés García Zuccardi, Jimmy Chamorro Cruz y por los honorables Representantes Jorge E. Tamayo y Héctor Osorio Botello, correspondiéndole el número 22 de 2016 Senado, repartiéndose a la Comisión Tercera Constitucional Permanente, iniciativa de la cual fui designado ponente.

Posteriormente, luego de radicarse la ponencia para primer debate el día 8 de noviembre de 2016, se surtió debate el día 28 de marzo del presente año.

2. OBJETO DEL PROYECTO

El proyecto de ley fomenta y regula los modelos de Economía Colaborativa Digital en Colombia y permite establecer un marco legal de acción de manera formal para esta nueva modalidad de negocios.

3. CONTENIDO DE LA INICIATIVA

El presente proyecto de ley, además del título, cuenta con trece (13) artículos, entre

ellos el de vigencia, los cuales fueron aprobados en primer debate por la honorable Comisión Tercera Constitucional Permanente del Senado de la República, cuyos puntos más relevantes se enuncian a continuación:

Título del proyecto y definición: El eje del proyecto de ley es la economía colaborativa digital, por lo tanto dicho concepto está presente de forma central en el título. Frente al proyecto original, fue aprobada en primer debate una reformulación del título del proyecto, con el fin de adecuarlo al verdadero propósito de la norma, el cual va alineado con una promoción de los negocios enfocados en el desarrollo de plataformas virtuales y páginas web dedicadas a la Economía Colaborativa Digital, reforzándose también la definición de ECD.

El artículo 1°: Determina el objetivo de la ley.

El artículo 2°: Define la Economía Colaborativa Digital y los modelos de negocio conexos a dicha actividad económica.

El artículo 3°: Regula temas concernientes al registro mercantil de empresas que realizan actividades de ECD, extendiéndose las obligaciones de inscripción en el registro mercantil y en el RUT tanto a las personas naturales como a las jurídicas, con el fin de fomentar igualdad en la aplicación de requisitos de ingresos a la ECD. Se regula también la inscripción ante el Mintic. Este punto es clave en las recomendaciones hechas por la Comisión Europea a los legisladores, está la de generar mecanismos de trazabilidad sobre aquellas personas naturales o jurídicas que están inmersas en modelos de negocio basados en ECD. Si bien este documento no es vinculante para Colombia, sí constituye una guía para realizar los ajustes normativos de implementación de la ECD, máxime teniendo en cuenta que a nivel global es difícil encontrar modelos normativos orientadores en temas de esta materia. Adicionalmente, es trascendental tener mecanismos que permitan identificar a los proveedores de ECD para fines de supervisión y control y de seguimiento y ejecución de políticas públicas.

En consecuencia, se ha identificado el registro ante el Mintic como un mecanismo efectivo e idóneo para tener trazabilidad acerca de aquellos que realizan actividades de ECD y por ello se ha introducido esta modificación normativa.

El artículo 4°: Dispone remisión normativa en materia laboral cuando existen relaciones laborales de acuerdo con la legislación vigente. De esta forma se elimina cualquier ambigüedad o zona gris interpretativa y haciéndose una remisión directa y completa a la legislación laboral hoy fundamentada en los preceptos del Código Sustantivo del Trabajo y todas aquellas normas que regulen las relaciones laborales en Colombia.

El artículo 5°: Regula la inscripción en el Registro Único Tributario y al suministro de información a la DIAN y demás temas de regulación tributaria. Se adicionan unos incisos al proyecto de ley con el fin de darle plenas facultades a la DIAN para ejercer sus competencias en materia tributaria y de recaudo, en temas de ECD.

Lo anterior es inspirado en el punto 2.5 referente a fiscalidad, de la agenda europea de economía colaborativa expedida por la Comisión Europea, en donde se resalta la adaptación que debe tener el sistema tributario a las nuevas formas de negocios creadas en virtud de la ECD.

No obstante, es de señalarse que, según estas mismas recomendaciones, deben respetarse los principios de proporcionalidad y equidad en materia de competencia, con el fin de no generar asimetrías regulatorias que tiendan a favorecer a los sectores tradicionales y desfavorecer a los de ECD o viceversa. Estas pautas de implementación se consideran de conveniente aplicación para el caso colombiano y por ello se han incorporado en el texto de esta ponencia en razón a que el desarrollo de los nuevos modelos de negocio plantea siempre un desafío en materia tributaria, más aún cuando estos son basados en plataformas y medios digitales.

De esta forma se le otorga la potestad a la DIAN para adaptar los sistemas tributarios a las nuevas exigencias impuestas por la ECD, generando una potencial fuente de nuevos ingresos tributarios de desarrollarse de forma adecuada y progresiva esta nueva modalidad de negocios.

El artículo 6°: Establece reglas de acción cuando las actividades de las personas naturales o jurídicas en el marco de la ECD compitan con empresas que necesiten regulaciones especiales para acceder al mercado.

En este punto, para primer debate, se hizo necesaria la inclusión de disposiciones que permitieran definir marcos regulatorios para aquellas actividades de ECD. Esto en razón a que algunas actividades hechas a través de estas plataformas pueden competir con gremios o modelos de negocio tradicionales. Debido a lo anterior, se ha delegado al Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones para establecer dicho marco reglamentario en conjunto con los ministerios o superintendencias según su competencia y de acuerdo con cada actividad que necesite regulación.

No obstante, siguiendo también el documento de la Unión Europea y en razón a su utilidad para no generar inequidades, estas regulaciones deben cumplir unos principios y condiciones con el fin de que ninguno de los modelos de negocio entre a competir en desigualdad de condiciones

y se generen regulaciones heterogéneas y discriminatorias.

En primer lugar, las licencias o regulaciones especiales solo aplicarán cuando las personas naturales o jurídicas inmersas en la ECD entren en competencia con empresas que necesiten cumplir con regulaciones u obtener licencias especiales para ingresar y operar en el mercado.

En segundo lugar, el marco regulatorio deberá asegurar la igualdad de condiciones a las empresas de ECD para competir en dicho mercado y no ser sujeto de discriminación.

En tercer lugar, las regulaciones, requisitos y licencias tienen que estar regidas por los siguientes principios: de igualdad, dando un trato equitativo a las empresas; también debe primar el principio de no discriminación, es decir el no privilegiar o perjudicar a uno u otro sector con el fin de que estos puedan competir en igualdad de condiciones; debe respetarse el principio de motivación en el entendido de que estas regulaciones, requisitos y licencias deben tener una motivación para ser emitidos y no pueden ser injustificados o expedidos con el fin de perjudicar a un sector o a un modelo de negocio en específico; también debe primar el principio de proporcionalidad, es decir que estas regulaciones, requisitos y licencias deben ser proporcionales y no deben estar dirigidos a socavar, horadar o perjudicar a un modelo de negocio o sector específico de la economía.

En cuarto lugar, los requisitos que se expidan con el fin de acceder al mercado no pueden ser injustificados, esto en consonancia con el principio de motivación. Estos tienen que sustentarse en razones de interés público y defensa de los intereses de los usuarios y de su integridad. En ese orden de ideas, no pueden expedirse requisitos que no tengan un sustento claro en razones de interés general y que simplemente se constituyan en barreras de acceso restrictivo de la competencia.

En quinto lugar, estos requisitos, licencias y normas tienen que adaptarse a las nuevas formas de hacer negocios de las personas naturales y jurídicas de la ECD, no pudiendo desbordar su naturaleza o imponer condiciones de imposible cumplimiento con el fin de restringir su acceso al mercado.

El artículo 7°: Establece regulaciones legales para temas de protección al consumidor.

Es necesario determinar mecanismos que protejan al consumidor y permitirle al Gobierno nacional poder adaptar dicha normatividad a las formas novedosas de la ECD. Para esto se creó, para primer debate, un artículo en donde se da plena vigencia a las normas de protección al consumidor vigentes, pero se le confiere al Ejecutivo la potestad reglamentaria con el fin de realizar las adecuaciones normativas a estos

nuevos modelos de negocio digital. Esto también inspirado en las recomendaciones de la Comisión Europea en donde se insta a los gobiernos a crear regulaciones de protección al consumidor privilegiando la adaptación normativa a las nuevas modalidades de negocio colaborativas.

Dentro de estos mecanismos también se recomienda por parte de la academia estadounidense¹ la implementación de mecanismos de resolución de conflictos y de creación de líneas de comunicación de servicio al cliente que permitan proteger a los usuarios de ECD mediante formas efectivas de denuncia y mecanismos de solución de controversias.

Sin embargo, también es recomendado por los académicos que dichos mecanismos estén a cargo de las empresas, lo cual es razonable teniendo en cuenta que se va a alivianar la carga al Estado en materia administrativa. Sin embargo, la potestad reglamentaria se deja en cabeza del Gobierno nacional para que este tenga las facultades para definir técnicamente las normas de implementación de estas medidas.

Estos mecanismos se consideran convenientes para poder proteger a los consumidores de ECD, los cuales se pueden llegar a encontrar en condiciones de vulnerabilidad frente a potenciales abusos e infracción de normas por parte de los prestadores de servicios de ECD, con el fin de proteger a los usuarios y hacer prevalecer sus derechos y por lo tanto fueron incluidos en el articulado propuesto.

El artículo 8°: Regula lo relativo al hábeas data.

Uno de los temas críticos en el manejo de sistemas de información es la responsabilidad sobre el manejo de datos de los consumidores, afiliados y clientes. Acertadamente la Comisión Europea y la tratadista Lourdes García Montoro han sugerido introducir en la legislación de economía colaborativa las nociones de responsabilidad sobre la información.

Debido a la importancia del tema de manejo de información que ha sido regulado en Colombia por la Ley de Hábeas Data, este artículo fue introducido en primer debate con el fin de dar aplicación a la normatividad colombiana en esta materia cuando se trate de plataformas de ECD. Adicionalmente, debido a potenciales incompatibilidades o dificultades en la aplicación práctica entre la legislación vigente y las relaciones de ECD, se le ha dado potestad reglamentaria al Gobierno nacional para poder adaptar la legislación a esta nueva modalidad económica.

¹ KATZ, Vanessa. "Regulating the Sharing Economy". Berkeley Technology Law Journal. Vol. 30, No. 4, 2015.

El **artículo 9º**: Establece pautas para implementar la ley.

Se establecen las estrategias de implementación del proyecto adaptadas al concepto de Economía Colaborativa Digital, modificándose también para primer debate el artículo referente a la institucionalidad y a quienes realizarán la implementación de las políticas e incentivos que en este proyecto se promueven y se ha dejado la coordinación y manejo de las estrategias de implementación a cargo del Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones.

Por otra parte, siguiendo las recomendaciones de la tratadista Vanessa Katz en su artículo “Regulating the Sharing Economy”, se incluyó un parágrafo en donde el Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones realice encuestas de seguimiento a empresas y consumidores, con el fin de realizar mediciones sobre las transacciones y para poder diagnosticar la implementación de la ECD para poder tomar acciones de mejora, correctivas y preventivas para poder implementar con éxito esta nueva modalidad económica en Colombia.

El **artículo 10**: Establece mecanismos para fortalecer y promover la Economía Colaborativa Digital.

El **artículo 11**: Crea medidas de promoción y estímulo para implementar la ley.

El **artículo 12**: Establece una política pública integral: Dispone la formulación de una política pública integral a través de las facultades reglamentarias del ejecutivo.

El **artículo 13**: Trata sobre las derogatorias y vigencia.

4. CONSIDERACIONES ACERCA DEL OBJETO Y MATERIA DEL PROYECTO

El proyecto de ley tiene como propósito fomentar las economías colaborativas a través del uso de plataformas virtuales. En ese orden de ideas contiene un objetivo positivo como es el de promover la economía colaborativa, utilizándose como vehículo las plataformas virtuales las cuales se han convertido en un mecanismo importante desde el punto de vista económico, que son parte de la economía naranja o economía creativa, figura que viene siendo impulsada desde esta célula legislativa a través de proyectos de ley que pretenden implantarla y fomentarla en el país, tales como la Ley 1834 de 2017, “*por medio de la cual se fomenta la economía creativa-Ley Naranja*”.

Para el primer debate en Comisión Tercera de Senado el proyecto fue sometido a varias modificaciones debido a que era necesario realizar precisiones conceptuales, ya que se estaban utilizando dos nociones, la economía del océano azul y la economía colaborativa, que si bien podrían

ser complementarias, en el texto del proyecto de ley no se encontraba una conexión entre ellas, prevaleciendo la economía colaborativa y no desarrollándose la teoría del océano azul.

En primer lugar, en cuanto al tema económico azul existen dos visiones, la de la economía azul y la de la estrategia del océano azul.

La economía azul fue un concepto creado por Gunter Pauli con el fin de

(...) “servirse del conocimiento acumulado durante millones de años por la naturaleza para alcanzar cada vez mayores niveles de eficacia, respetando el medio y creando riqueza, y traducir esa lógica del ecosistema al mundo empresarial”(…).

(...) “Pauli sugiere estimulantes posibilidades: desde aplicar el diseño bicolor de la piel de las cebras o la estructura de los termiteros a la arquitectura bioclimática, a teléfonos móviles que se recargan sin batería gracias a la diferencia de temperatura entre el aparato y el cuerpo humano, pasando por la reutilización de los desechos mineros o agrícolas”².

Al revisar el contenido del radicado original del proyecto de ley y luego de confrontarlo con la anterior definición, se llegaba a la conclusión de que no se desarrollaban allí los postulados formulados por Pauli y en consecuencia ese primer concepto, el de economía azul, no estaba incluido en el proyecto original.

Sin embargo, en la exposición de motivos del proyecto de ley original sí se hizo mención a los autores del segundo concepto dentro de los temas económicos azules, “la estrategia del océano azul”, la cual más que una forma de economía es un método para llevar a cabo negocios. Según los autores de esta teoría en el universo existen dos océanos, el azul y el rojo.

En la publicación Harvard Business Review se explica esa estrategia económica en donde se expone que el océano rojo es representado por las industrias existentes, y los límites de la industria en el océano rojo están claramente definidos y la competencia dicta las reglas de juego, las compañías pelean por los clientes y entre más compañías entren en el océano, menos oportunidades existen para mejorar su rentabilidad.

Por otra parte, explica la revista científica, los océanos azules son espacios de mercado no disputado que no han sido tocados por la competencia. Aquí la demanda tiene que ser creada desde cero. Allí los océanos nacen cuando las compañías crean nuevas industrias, como ebay, o cuando las compañías cambian los océanos rojos, como en el caso del “Circo del Sol” destruyendo

² Tomado de <http://www.banrepcultural.org/agua/la-economia-azul>

los límites entre el circo y el teatro, creando una nueva categoría de industria³.

Se puede concluir, entonces, que la nueva estrategia económica del océano azul pertenece a una categoría diferente a la mencionada en el proyecto de ley, ya que esta busca explorar nuevas categorías de negocio que van más allá de formas colaborativas, tal como es el caso de la empresa de tecnología Apple, que a pesar de no pertenecer a la economía colaborativa, creó productos nuevos denominados Ipad, Ipod e Iphone, cuyos segmentos de mercado no existían antes de su nacimiento generando unas categorías nuevas de negocios que en su inicio no contaban con competencia, utilizando en consecuencia estrategias del océano azul sin acudir a la economía colaborativa.

Por las anteriores razones el proyecto, en ponencia de primer debate aprobada por la honorable Comisión Tercera Constitucional Permanente de esta Corporación se concluyó que la estrategia de océano azul, mencionada originalmente en el título del proyecto, no estaba relacionada con el desarrollo legislativo, el cual estaba directamente relacionado con la economía colaborativa digital.

Por lo anterior, en segundo lugar, debe presentarse la definición de economía colaborativa o “Sharing Economy. La definición de economía colaborativa o “Sharing Economy” ha sido elaborada de forma complementaria por diversas fuentes. De acuerdo con un estudio realizado por la firma Deloitte, la economía colaborativa es simple, todo aquello que no sea usado puede ser alquilado, y el contacto directo entre cliente y proveedor es establecido a través de una plataforma digital⁴.

Por otra parte, la Comisión Europea ha definido la economía colaborativa como “modelos de negocio en los que se facilitan actividades mediante plataformas colaborativas que crean un mercado abierto para el uso temporal de mercancías o servicios ofrecidos a menudo por particulares” (...)⁵.

La economía Colaborativa Digital es de enorme importancia. En cuanto a su impacto económico, en un artículo publicado por la Universidad de Pensilvania, se estima que la economía colaborativa a nivel internacional ha

tenido un crecimiento sostenido, alcanzando un monto de aproximadamente \$15 billones de dólares para el año 2014 y se estima, de acuerdo con la firma PricewaterhouseCoopers (PwC), que podrá alcanzar los \$335 billones en el año 2025⁶.

Además, la Comisión Europea estimó que “en 2015 los ingresos brutos de plataformas y proveedores colaborativos ascendió a 28.000 millones de euros. Los ingresos de la UE⁷ en cinco sectores clave casi se duplicaron en comparación con el año anterior y está previsto que sigan expandiéndose con fuerza” (...).

Es entonces evidente la importancia de la economía colaborativa en los países desarrollados, área de negocio que representa un potencial de crecimiento a presente y futuro para Colombia y el mundo.

En segundo lugar, se debe resaltar que tratadistas como García Montoro destacan la importancia de este modelo de negocio “como motor de recuperación de la economía” y como una forma de contribución al empleo y crecimiento económicos de fomentarse de una forma responsable⁸.

Es entonces claro que la economía colaborativa representa una oportunidad para Colombia, especialmente en un contexto difícil de coyuntura económica en donde deben desarrollarse nuevas modalidades de negocio y generar rupturas de paradigmas con el fin de poder generar crecimiento, empleo y bienestar económico en la población.

Sin embargo, esta nueva modalidad debe regularse. La irrupción de estas nuevas formas de economías generan “una gran incertidumbre sobre la regulación que ha de aplicarse a este fenómeno imparable”⁹. Esto hace evidente no solo la necesidad económica de promocionar la ECD sino también de la necesidad de generar un marco regulatorio que permita dar claridad sobre las normas jurídicas que deberán aplicarse y desarrollarse en el marco de la irrupción de esta nueva forma de interactuar de forma económica y comercial.

Estas dificultades también son expuestas por la profesora Vanessa Katz, experta en el tema perteneciente a la Universidad de Berkeley, al resaltar que las plataformas colaborativas aparentemente parecieran caer dentro de la normativa de las leyes que regulan los proveedores

³ KIM, W. Chany; MAUBORGNE, Renee. Harvard Business Review. Recuperado en <https://hbr.org/2004/10/blue-ocean-strategy>

⁴ The Sharing Economy: Share and make money. Deloitte AG, 2015. Recuperado en <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/ch/Documents/consumer-business/ch-cb-shared-economy-share-and-make-money.pdf>

⁵ Comisión Europea. “Comunicación de la Comisión al parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Una Agenda Europea para la Economía Colaborativa”. Bruselas, 2016.

⁶ Wharton Business School, Universidad de Pensilvania. The Sharing Economy: A New Way of Doing Business, 2015.

⁷ Datos correspondientes al volumen de negocio en la Unión Europea.

⁸ GARCÍA MONTORO, Lourdes. “Agenda Europea para la Economía Colaborativa”. Centro de Estudios del Consumo. Universidad de Castilla la Mancha. No. 18, 2016.

⁹ FONTANALS DE MIGUEL, Sofía. Asociación de Expertos Nacionales de la Abogacía TIC, ENATIC. 2016.

tradicionales de servicios, sin embargo dichas plataformas difieren substancialmente de los proveedores tradicionales de servicio y la economía colaborativa no encaja fácilmente dentro de los marcos regulatorios existentes, incluso algunos proveedores y plataformas no pueden encajar con las regulaciones locales existentes¹⁰.

Las anteriores razones motivan el desarrollo de la ECD en Colombia, esto en razón a las oportunidades y potencialidades de su implementación efectiva para la economía colombiana. Por ello, como ponente, considero que se debe dar un trámite favorable a esta importante iniciativa.

5. TEXTO PROPUESTO PARA SEGUNDO DEBATE AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 22 DE 2016 SENADO

por medio de la cual se incluye la Economía Colaborativa Digital (ECD) en Colombia.

El Congreso de la República de Colombia

DECRETA:

Artículo 1°. *Objetivo.* Inclúyase la Economía Colaborativa Digital o ECD dentro del ordenamiento legal colombiano a través de nuevas tecnologías y plataformas colaborativas, en cabeza del Gobierno nacional, quien fomentará e incentivará a los colombianos para el correcto desarrollo de la presente ley.

Artículo 2°. *Definición.* Entiéndase por ECD toda aquella actividad económica mediante la cual se comparten e intercambian bienes y servicios a través de plataformas digitales que ponen en contacto directo a cliente y proveedor.

La Economía Colaborativa Digital enmarca los conceptos de:

1. **Economía colaborativa.** O “Sharing Economy” por su nombre en inglés, definiéndolo como aquellos medios digitales para satisfacer las necesidades humanas mediante recursos disponibles.
2. **Consumo Colaborativo.** Es el acceso de bienes y servicios sin determinar la propiedad de los mismos, a través de plataformas digitales.
3. **Conocimiento abierto.** Iniciativas colaborativas, que promueven la difusión abierta del conocimiento, su reutilización y redistribución.
4. **Producción colaborativa.** Mallas o redes profesionales por medio de las cuales se establecen contactos directos entre usuarios para la gestión y elaboración compartida de proyectos, servicios u objetos de todo tipo.

Parágrafo. Los modelos de negocio de ECD serán los siguientes:

1. Prestación de servicios profesionales.
2. Prestación de servicios “peer to peer” o aquellos servicios en donde dos o más particulares interactúan para intercambiar bienes y servicios a cambio de una contraprestación.
3. Plataformas colaborativas en donde se presta un servicio a cambio de una contraprestación o remuneración que puede ser de forma electrónica, a distancia y mediante una solicitud individual de prestación de servicios.

Artículo 3°. *Registro.* Todas las personas naturales y jurídicas que deseen prestar servicios o intercambiar algún tipo de bien a través de plataformas de ECD, de conformidad con lo dispuesto por la presente ley, deberán contar con un registro mercantil conforme lo determinan las leyes preexistentes.

En el caso de personas naturales o jurídicas que presten algún servicio o quieran intercambiar algún tipo de bien a través de plataformas de ECD, de conformidad con lo dispuesto en esta ley, deberán contar con el Registro Único Tributario (RUT).

Parágrafo. Además de las obligaciones establecidas en el presente artículo, las personas naturales y jurídicas que presten algún servicio o quieran intercambiar algún tipo de bien a través de plataformas de ECD deberán inscribirse ante el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones bajo los parámetros, condiciones y reglamentación que dicho Ministerio establezca.

Artículo 4°. *Contratación laboral.* Las relaciones laborales que surjan en virtud de la ECD, se regirán en su integridad por las normas y legislación laboral vigentes en Colombia.

Artículo 5°. Sin perjuicio de las obligaciones y normativa tributaria vigente, todas las personas naturales o jurídicas que desarrollen las actividades de ECD señaladas en la presente ley, deberán inscribirse en el Registro Mercantil o RUT en caso de personas nacionales y suministrar a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), la información de transacciones económicas en los términos que esta entidad lo requiera.

La DIAN quedará plenamente facultada para expedir todo tipo de reglamentación y ejercer los controles necesarios para hacer cumplir las normas tributarias aplicables a las personas jurídicas y naturales que interactúen y empleen las plataformas de ECD. Estas reglamentaciones y controles deben respetar los principios de proporcionalidad y equidad tributaria.

¹⁰ KATZ, Vanessa. “Regulating the Sharing Economy”. Berkeley Technology Law Journal. Vol. 30, No. 4, 2015.

Artículo 6°. Marco regulatorio. Cuando las actividades realizadas por personas naturales o jurídicas en el marco de la ECD compitan con empresas que tengan que someterse a regulación o licencia especial para ejercer actividades o acceder al mercado en el que pretenden operar, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (Mintic) en conjunto con el Ministerio del ramo y/o Superintendencia competente según la actividad o sector, podrán expedir el marco regulatorio que permita a las empresas de ECD ingresar al mercado y competir en igualdad de condiciones con las empresas tradicionales del sector previamente regulado, dichas normativas deberán, en todos los casos, seguir los siguientes principios:

1. En las regulaciones o requisitos para el otorgamiento de licencias que el gobierno expida para las personas naturales y jurídicas de ECD deben primar los principios de igualdad, no discriminación, motivación y proporcionalidad, en relación con las licencias y normas que regulan a las empresas tradicionales del sector que competirán con estas.
2. Los requisitos, licencias y normas de acceso al mercado deberán ser justificados en razones de interés público y defensa de derechos de los usuarios y serán expedidos de forma excepcional y extraordinaria.
3. Los requisitos, licencias y normas de acceso al mercado deben obedecer a un análisis previo y tendrán que adecuarse a la naturaleza y modelo de negocio específico de las personas naturales y jurídicas de la ECD no pudiendo constituirse en barreras de acceso al mercado que impidan a dichas personas entrar a competir con las empresas tradicionales existentes.

Artículo 7°. Protección al consumidor. Para efectos de protección al consumidor de la ECD tendrá plena vigencia el Estatuto del Consumidor, Ley 1480 de 2011, y en general todas aquellas normas que regulen el derecho de consumo y protejan los derechos de los consumidores. El Gobierno nacional queda facultado para poder establecer las reglamentaciones necesarias para adaptar la legislación de protección al consumidor a la ECD.

Parágrafo. El Gobierno nacional, en uso de sus facultades legales, deberá reglamentar un sistema de líneas de servicio al cliente y mecanismos de resolución de conflictos que proteja a los usuarios de la ECD, el cual estará a cargo de las personas naturales y jurídicas que presten servicios de ECD.

Artículo 8°. Hábeas data. Las personas naturales o jurídicas que almacenen información en las plataformas digitales deberán cumplir con todos los requerimientos y normas legales en

materia de hábeas data expresadas en la legislación nacional, decretos y demás normas aplicables, sin perjuicio de la potestad reglamentaria en cabeza del Gobierno nacional con el fin de adaptar dicha normatividad a las características particulares de la ECD.

Artículo 9°. Pautas de implementación. Para implementar la presente ley se seguirán las siguientes pautas:

1. Se hará una consolidación de información en relación con las empresas y sectores que actúan dentro de la ECD.
2. Se realizará una coordinación interinstitucional e intersectorial que permita promover la introducción de la ECD.
3. Se cuantificará el tamaño actual de las empresas que tengan la modalidad ECD y se promoverá su formalización.
4. Se promoverá el fortalecimiento de la infraestructura digital con el fin de permitir el crecimiento de la ECD.
5. Se fomentará la exportación de servicios relacionados con la ECD.
6. Se impulsará el desarrollo de la ECD con el fin de generar oportunidades de desarrollo profesional e inclusión social.
7. Se garantizará a los actores de la economía tradicional que deseen incursionar en la ECD, la libertad de acceso a esta modalidad de economía amparados bajo el principio constitucional de igualdad.

Artículo 10. Institucionalidad. El Estado promoverá el fortalecimiento de instituciones públicas, privadas y mixtas orientadas a la promoción, defensa, divulgación y desarrollo de la Economía Colaborativa Digital, cuya dirección, coordinación y manejo estará a cargo del Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones.

Parágrafo. Con el fin de realizar seguimiento a la evolución de la ECD y para poder establecer la efectividad de las normas y políticas públicas establecidas en el marco de su implementación, el Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones deberá efectuar encuestas periódicas de monitoreo a empresas y consumidores en donde se mida el uso y volumen de transacciones de ECD y que permitan realizar diagnósticos sobre el estado de desarrollo de la ECD, con el fin de llevar a cabo las acciones que sean necesarias para poderla implementar de forma eficaz, eficiente y efectiva.

Artículo 11. Promoción y estímulo. El Gobierno nacional a través del Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones coordinará todas las medidas de promoción, fomento, estímulo e implementación de la presente ley, con el fin de impulsar la Economía

Colaborativa Digital en Colombia y lograr su efectivo desarrollo.

Artículo 12. Política pública integral. El Gobierno nacional formulará una política pública integral de ECD, la cual se desarrollará mediante un Decreto Reglamentario el cual cumplirá con los postulados de la presente ley.

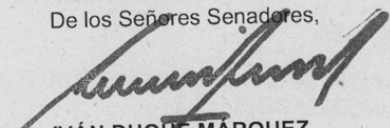
En la formulación de dicha política participarán, además del Gobierno nacional, los colectivos, agremiaciones, consejos, asociaciones, organizaciones no gubernamentales, universidades, institutos y demás actores que fortalezcan y permitan tener una perspectiva diversa de la misma.

Artículo 13. Vigencia y derogatorias. La presente ley rige a partir de su publicación y deroga todas aquellas disposiciones que le sean contrarias.

7. PROPOSICIÓN

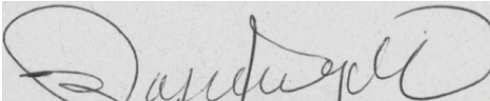
Por las anteriores consideraciones solicito a la Plenaria del Senado de la República, dar trámite en segundo debate al Proyecto de ley número 22 de 2016 Senado, *por medio de la cual se incluye la Economía Colaborativa Digital (ECD) en Colombia.*

De los señores Senadores,

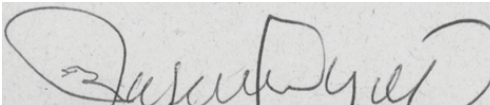
De los Señores Senadores,

IVÁN DUQUE MÁRQUEZ
 Senador de la República

Bogotá, D. C., 14 de noviembre de 2017

En la fecha se recibió ponencia y texto propuesto para segundo debate al Proyecto de ley número 22 de 2016 Senado, *por medio de la cual se incluye la Economía Colaborativa Digital (ECD) en Colombia.*


RAFAEL OYOLA ORDOSGOITIA
 Secretario General

Autorizo la publicación de la siguiente ponencia y texto propuesto para segundo debate, consta de veintinueve (21) folios.


RAFAEL OYOLA ORDOSGOITIA
 Secretario General

TEXTO DEFINITIVO APROBADO EN PRIMER DEBATE POR LA COMISIÓN TERCERA DEL SENADO EN SESIÓN DEL DÍA 28 DE MARZO DE 2017 AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 22 DE 2016 SENADO

por medio de la cual se incluye la Economía Colaborativa Digital (ECD) en Colombia.

El Congreso de la República de Colombia

DECRETA:

Artículo 1°. Objetivo. Inclúyase la Economía Colaborativa Digital o ECD dentro del ordenamiento legal colombiano a través de nuevas tecnologías y plataformas colaborativas, en cabeza del Gobierno nacional, quien fomentará e incentivará a los colombianos para el correcto desarrollo de la presente ley.

Artículo 2°. Definición. Entiéndase por ECD toda aquella actividad económica mediante la cual se comparten e intercambian bienes y servicios a través de plataformas digitales que ponen en contacto directo a cliente y proveedor.

La Economía Colaborativa Digital enmarca los conceptos de:

1. **Economía colaborativa.** O “Sharing Economy” por su nombre en inglés, definiéndolo como aquellos medios digitales para satisfacer las necesidades humanas mediante recursos disponibles.
2. **Consumo colaborativo.** Es el acceso de bienes y servicios sin determinar la propiedad de los mismos, a través de plataformas digitales.
3. **Conocimiento abierto.** Iniciativas colaborativas, que promueven la difusión abierta del conocimiento, su reutilización y redistribución.
4. **Producción colaborativa.** Mallas o redes profesionales por medio de las cuales se establecen contactos directos entre usuarios para la gestión y elaboración compartida de proyectos, servicios u objetos de todo tipo.

Parágrafo. Los modelos de negocio de ECD serán los siguientes:

1. Prestación de servicios profesionales.
2. Prestación de servicios “peer to peer” o aquellos servicios en donde dos o más particulares interactúan para intercambiar bienes y servicios a cambio de una contraprestación.
3. Plataformas colaborativas en donde se presta un servicio a cambio de una contraprestación o remuneración que puede ser de forma electrónica, a distancia y mediante una solicitud individual de prestación de servicios.

Artículo 3°. Registro. Todas las personas naturales y jurídicas que deseen prestar servicios o intercambiar algún tipo de bien a través de plataformas de ECD, de conformidad con lo dispuesto por la presente ley, deberán contar con un registro mercantil conforme lo determinan las leyes preexistentes.

En el caso de personas naturales o jurídicas que presten algún servicio o quieran intercambiar algún tipo de bien a través de plataformas de ECD, de conformidad con lo dispuesto en esta ley, deberán contar con el Registro Único Tributario (RUT).

Parágrafo. Además de las obligaciones establecidas en el presente artículo, las personas naturales y jurídicas que presten algún servicio o quieran intercambiar algún tipo de bien a través de plataformas de ECD deberán inscribirse ante el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones bajo los parámetros, condiciones y reglamentación que dicho Ministerio establezca.

Artículo 4°. Contratación laboral. Las relaciones laborales que surjan en virtud de la ECD, se registrarán en su integridad por las normas y legislación laboral vigentes en Colombia.

Artículo 5°. Sin perjuicio de las obligaciones y normativa tributaria vigente, todas las personas naturales o jurídicas que desarrollen las actividades de ECD señaladas en la presente ley, deberán inscribirse en el Registro Mercantil o RUT en caso de personas nacionales y suministrar a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), la información de transacciones económicas en los términos que esta entidad lo requiera.

La DIAN quedará plenamente facultada para expedir todo tipo de reglamentación y ejercer los controles necesarios para hacer cumplir las normas tributarias aplicables a las personas jurídicas y naturales que interactúen y empleen las plataformas de ECD. Estas reglamentaciones y controles deben respetar los principios de proporcionalidad y equidad tributaria.

Artículo 6°. Marco regulatorio. Cuando las actividades realizadas por personas naturales o jurídicas en el marco de la ECD compitan con empresas que tengan que someterse a regulación o licencia especial para ejercer actividades o acceder al mercado en el que pretenden operar, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (Mintic) en conjunto con el Ministerio del ramo y/o Superintendencia competente según la actividad o sector, podrán expedir el marco regulatorio que permita a las empresas de ECD ingresar al mercado y competir en igualdad de condiciones con las empresas tradicionales del sector previamente regulado, dichas normativas deberán, en todos los casos, seguir los siguientes principios:

1. En las regulaciones o requisitos para el otorgamiento de licencias que el gobierno expida para las personas naturales y jurídicas de ECD deben primar los principios de igualdad, no discriminación, motivación y proporcionalidad, en relación con las licencias y normas que regulan a las empresas tradicionales del sector que competirán con estas.
2. Los requisitos, licencias y normas de acceso al mercado deberán ser justificados en razones de interés público y defensa de derechos de los usuarios y serán expedidos de forma excepcional y extraordinaria.
3. Los requisitos, licencias y normas de acceso al mercado deben obedecer a un análisis previo y tendrán que adecuarse a la naturaleza y modelo de negocio específico de las personas naturales y jurídicas de la ECD no pudiendo constituirse en barreras de acceso al mercado que impidan a dichas personas entrar a competir con las empresas tradicionales existentes.

Artículo 7°. Protección al consumidor. Para efectos de protección al consumidor de la ECD tendrá plena vigencia el Estatuto del Consumidor, Ley 1480 de 2011, y en general todas aquellas normas que regulen el derecho de consumo y protejan los derechos de los consumidores. El Gobierno nacional queda facultado para poder establecer las reglamentaciones necesarias para adaptar la legislación de protección al consumidor a la ECD.

Parágrafo. El Gobierno nacional, en uso de sus facultades legales, deberá reglamentar un sistema de líneas de servicio al cliente y mecanismos de resolución de conflictos que proteja a los usuarios de la ECD el cual estará a cargo de las personas naturales y jurídicas que presten servicios de ECD.

Artículo 8°. Hábeas data. Las personas naturales o jurídicas que almacenen información en las plataformas digitales deberán cumplir con todos los requerimientos y normas legales en materia de hábeas data expresadas en la legislación nacional, decretos y demás normas aplicables, sin perjuicio de la potestad reglamentaria en cabeza del Gobierno nacional con el fin de adaptar dicha normatividad a las características particulares de la ECD.

Artículo 9°. Pautas de implementación. Para implementar la presente ley se seguirán las siguientes pautas:

1. Se hará una consolidación de información en relación con las empresas y sectores que actúan dentro de la ECD.
2. Se realizará una coordinación interinstitucional e intersectorial que permita promover la introducción de la ECD.

3. Se cuantificará el tamaño actual de las empresas que tengan la modalidad ECD y se promoverá su formalización.
4. Se promoverá el fortalecimiento de la infraestructura digital con el fin de permitir el crecimiento de la ECD.
5. Se fomentará la exportación de servicios relacionados con la ECD.
6. Se impulsará el desarrollo de la ECD con el fin de generar oportunidades de desarrollo profesional e inclusión social.
7. Se garantizará a los actores de la economía tradicional que deseen incursionar en la ECD, la libertad de acceso a esta modalidad de economía amparados bajo el principio constitucional de igualdad.

Artículo 10. Institucionalidad. El Estado promoverá el fortalecimiento de instituciones públicas, privadas y mixtas orientadas a la promoción, defensa, divulgación y desarrollo de la Economía Colaborativa Digital, cuya dirección, coordinación y manejo estará a cargo del Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones.

Parágrafo. Con el fin de realizar seguimiento a la evolución de la ECD y para poder establecer la efectividad de las normas y políticas públicas establecidas en el marco de su implementación, el Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones deberá efectuar encuestas periódicas de monitoreo a empresas y consumidores en donde se mida el uso y volumen de transacciones de ECD y que permitan realizar diagnósticos sobre el estado de desarrollo de la ECD, con el fin de llevar a cabo las acciones que sean necesarias para poderla implementar de forma eficaz, eficiente y efectiva.

Artículo 11. Promoción y estímulo. El Gobierno nacional a través del Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones coordinará todas las medidas de promoción, fomento, estímulo e implementación de la presente ley, con el fin de impulsar la Economía Colaborativa Digital en Colombia y lograr su efectivo desarrollo.

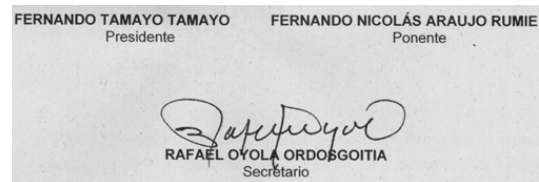
Artículo 12. Política pública integral. El Gobierno nacional formulará una política pública integral de ECD, la cual se desarrollará mediante un Decreto Reglamentario el cual cumplirá con los postulados de la presente ley.

En la formulación de dicha política participarán, además del Gobierno nacional, los colectivos, agremiaciones, consejos, asociaciones, organizaciones no gubernamentales, universidades, institutos y demás actores que fortalezcan y permitan tener una perspectiva diversa de la misma.

Artículo 13. Vigencia y derogatorias. La presente ley rige a partir de su publicación y deroga todas aquellas disposiciones que le sean contrarias.

Bogotá, D. C., 28 de marzo de 2017

En sesión de la fecha se le dio lectura a la proposición con que termina el informe para primer debate al Proyecto de ley número 22 de 2016 Senado, *por medio de la cual se incluye la Economía Colaborativa Digital (ECD) en Colombia*. Una vez aprobada la proposición, la Presidencia sometió a consideración el articulado presentado por el ponente, siendo aprobado sin modificaciones. La Comisión de esta forma declara aprobado en su primer debate el proyecto mencionado. Acta número 11 del 28 de marzo de 2017. Anunciado el día 21 de marzo de 2017; Acta número 10 del mismo año.



* * *

INFORME DE PONENCIA PARA SEGUNDO DEBATE AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 104 DE 2017 SENADO

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

Bogotá, D. C., 8 de noviembre de 2017

Doctores

ANTONIO GUERRA DE LA ESPRIELLA

Presidente

RAFAEL OYOLA ORDOSGOITIA

Secretario General

Comisión Tercera Constitucional Permanente

Senado de la República

Ciudad

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

Respetados doctores:

De conformidad con la designación hecha por la Honorable Mesa Directiva de la Comisión Tercera Constitucional Permanente del Senado de la República, y según lo establecido en el artículo 150 de la Ley 5ª de 1992, de manera atenta someto

a consideración de los Honorables Senadores, el presente informe de ponencia para segundo debate en la Plenaria del Senado al Proyecto de ley número 104 de 2017 Senado, *por medio de la cual se regula el uso adecuado y eficiente de recursos públicos destinados a publicidad de naturaleza estatal y se dictan otras disposiciones*, en los siguientes términos:

I. ANTECEDENTES Y TRÁMITE DE LA INICIATIVA

La iniciativa fue presentada al Congreso de la República por el Senador Iván Duque Márquez, correspondiéndole el número 104 de 2017 Senado, y por la materia sobre la que versa la iniciativa fue remitida a la Honorable Comisión Tercera Constitucional Permanente de dicha Corporación, y posteriormente fue aprobada en primer debate por los Honorables Senadores integrantes de la Comisión.

II. OBJETO DEL PROYECTO

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

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

1. CONTENIDO DE LA INICIATIVA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

El artículo 12: Versa sobre el principio de moralidad.

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

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

2. CONSIDERACIONES ACERCA DEL OBJETO Y MATERIA DEL PROYECTO

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

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

JULIO 2013 - ENERO 2014

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

Además de las elevadas cifras recogidas por la CGR en su informe sobre gasto en publicidad, la gran mayoría de estos gastos se hicieron mediante la modalidad de contratación directa, lo que, por los valores de los contratos y la selección de los contratistas, supone un contrasentido al espíritu de la Ley 80 de 1993 y la jurisprudencia del contencioso administrativo sobre la materia².

Adicionalmente, es preciso definir qué clase de publicidad estatal se está contratando y con qué fines. Para nadie es un secreto la necesidad que existe en materia de acceso a la información, especialmente en relación con aquellas situaciones

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

² Consejo de Estado, Fallo 17767 del 31 de enero de 2011, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Consejera Ponente: Olga Mélida Valle de la Hoz.

que generan impactos en la población, lo que, en un Estado Social de Derecho supone la obligación de garantizar ciertos servicios, visibilizar los derechos y cumplir con los fines del Estado a través de planes y programas.

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

Si bien la anterior afirmación parte del principio de que el Gobierno –como encarnación del Estado– procura el interés general y prevé dar uso a la información oficial con el único ánimo de poner en conocimiento de los asociados planes y proyectos que merecen su conocimiento, no es menos cierto que el acceso masivo a medios de comunicación e información, así como un presupuesto robusto previsto para dichos rubros, no suponga la tentación de autopromoción y difusión de gestión, lo que, en época de elecciones, debe ser estrictamente vigilado por la organización electoral y los organismos de control fiscal, penal y disciplinario.

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

En relación con el Informe de la CGR, se evidenció que 7.8 de cada 10 contratos celebrados en materia de publicidad oficial fueron por la modalidad de *contratación directa*³. Ello arrojó que, por ejemplo, en un periodo de siete meses el Estado haya realizado contrataciones directas por valor de \$1.188 billones⁴.

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

A este respecto vale la pena aclarar que la publicidad oficial puede ser: i) informativa y/o ii) pedagógica⁵. La primera muestra la gestión que se realiza, y la segunda informa al ciudadano cómo acceder a programas, planes, bienes y servicios.

El informe elaborado por la CGR en materia de gastos en publicidad arroja como conclusiones y

factores de riesgo en materia de control fiscal las siguientes situaciones:

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

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

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

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

5. **CARENCIA DE CLARIDAD NORMATIVA.** *La normatividad que rige la publicidad en nuestro país, no limita expresamente ni un mínimo ni un máximo en lo que a dineros públicos se refiere, a saber: El artículo 10 del Decreto número 1474 del 2011, establecía un tope del 30% a los presupuestos para publicidad o difusión de campañas institucionales (Las entidades del orden nacional y territorial que tengan autorizados en sus presupuestos rubros para publicidad o difusión de campañas institucionales, deberán reducirlos en un treinta por ciento (30%) en el presente año, tomando como base para la reducción el monto inicial del presupuesto o apropiación presupuestal para publicidad o campaña. Una vez surtida la reducción anterior, en los años siguientes el rubro correspondiente solo se podrá incrementar*

³ Artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

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

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

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

6. **PEDAGÓGICO vs. INFORMATIVO.** Para efectos de la revisión efectuada tanto al tema de Publicidad como de Eventos, no se especifica de manera clara el objetivo del objeto contractual, de esta manera, lo que se contrata con un interés meramente pedagógico, en una segunda revisión se trataría de publicidad informativa. De especificarse de manera expresa su contenido, se podría reducir este importante riesgo. Lo que se pretende en este punto es lograr delimitar en lo posible el marco conceptual tanto de lo informativo como de lo pedagógico, y de esta manera evitar que la interpretación de lo uno o de lo otro se maneje de manera subjetiva por parte del ente estatal.
7. **INDEPENDENCIA DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN.** Acudiendo de una parte a los principios éticos sobre el manejo de la información publicitaria del sector público y de otra, a la importante inversión sin límite alguno de la que podrían beneficiarse los medios de comunicación encargados de efectuar la difusión de los mismos, debería establecerse para este tema en particular un estatuto que rija esta materia de manera directa. En otras palabras, el contratante (Estado) y el contratista (medio de comunicación), podrían comprometer la objetividad de la información como consecuencia de una inversión publicitaria que no establece parámetros claros legales para su funcionalidad.

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

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

En Cartagena, por ejemplo, la ciudad ha avanzado con la implementación de normas expedidas en 2008 que crearon un comité oficial y establecieron una serie de criterios para la contratación de la publicidad oficial. A nivel departamental, el 6 de abril de 2009, el gobierno de Caldas dictó el Decreto número 0020, por medio del cual se establecieron mecanismos para la contratación de espacios de publicidad a cargo de las entidades centralizadas y descentralizadas del nivel departamental, y se creó un comité asesor de publicidad⁷.

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

El hecho de que la publicidad haya sido el área de la contratación estatal que el Presidente se comprometió a reducir no es gratuito. Durante su primer cuatrienio, la publicidad contratada por el Estado fue millonaria y según una evaluación de

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

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

los organismos de control, pudo haber supuesto un gasto excesivo.

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

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

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

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

Más sorprendente aún fue el descubrimiento que hizo la Contraloría de que en esa época preelectoral el 91% de los contratos fue para publicidad informativa y solo el 9% para publicidad pedagógica. La publicidad informativa corresponde a mostrar la gestión realizada, mientras que la pedagógica es el tipo de información necesaria e indispensable para el ciudadano, para acceder a los bienes y servicios públicos ofrecidos por las entidades. Esto significa que las entidades adscritas al Gobierno invirtieron, en plena época preelectoral, \$456.939 millones para publicitar su gestión.

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

2.2 EJEMPLOS DE REGULACIONES SIMILARES EN EL DERECHO COMPARADO

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

Adicionalmente, el Derecho Internacional, por lo menos desde la perspectiva del derecho flexible, se ha referido al tema, por lo que tomaremos

los pronunciamientos de Organizaciones Internacionales respecto a esta materia.

PERÚ

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

“[...]”

a) *Establecer los criterios generales para el uso de los recursos que las instancias del Gobierno nacional, gobierno regional y gobierno local, destinarán al rubro de publicidad, en prensa escrita, radio y televisión.*

y,

b) *Fiscalizar la transparencia y racionalidad en el uso de los recursos públicos para la contratación de servicios de publicidad en prensa escrita, radio y televisión. [...]”⁸.*

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

Este instrumento recoge en esencia las advertencias hechas por la CGR para el caso colombiano, por lo que supone no solo un interesante caso de estudio, sino una importante fuente de derecho comparado respecto al proyecto que se propone.

ESPAÑA

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

En el ámbito regional similares proyectos de ley se han presentado a consideración de los

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

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

congresos de Panamá¹⁰, Uruguay¹¹ y Chile¹², los que se encuentran aún en trámite legislativo.

SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

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

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

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

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

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

Si bien el tema de la regulación de los medios de comunicación y los requisitos que se deben cumplir para no vulnerar la libertad de expresión no

han sido objeto de un pronunciamiento expreso de parte de los organismos del sistema interamericano hasta la fecha, la Declaración Conjunta de 2003 de los relatores para la libertad de expresión de la ONU, la OEA y la OCDE abordó expresamente este tema condenando “*los intentos de algunos gobiernos de limitar la libertad de expresión y de controlar a los medios de comunicación y/o a los periodistas a través de mecanismos regulatorios carentes de independencia o que, de cualquier manera, representan una amenaza a la libertad de expresión*”.

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

Según indicó en ese momento la Relatoría Especial:

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

De acuerdo con la Relatoría Especial de la CIDH, la distribución arbitraria de publicidad oficial, como otros mecanismos de censura indirecta, opera sobre distintos tipos de *necesidades* que los medios de comunicación tienen para funcionar e *intereses* que pueden afectarlos. Es una forma de presión que actúa como *premio* o *castigo* que tiene por objeto condicionar la línea editorial de un medio según la voluntad de quien ejerce la presión.

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

“[...] *Los mecanismos de censura indirecta suelen esconderse detrás del aparente ejercicio legítimo de facultades estatales, muchas de las cuales se ejercen por los funcionarios en forma discrecional. En consecuencia, estas formas de*

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

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

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

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

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

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

censura indirecta son particularmente difíciles de detectar, ya que no es fácil determinar con exactitud la línea que separa al ejercicio legítimo de una facultad de la restricción ilegítima de un derecho.

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

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

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

"1) [N]o puede manipular la publicidad, dándola y retirándola a algunos medios [con base en] criterios discriminatorios; 2) no puede utilizar la publicidad como un modo indirecto de afectar la libertad de expresión [...]"¹⁷.

El Tribunal de Justicia argentino recogió lo señalado por el Informe Anual 2003 de la Relatoría Especial de la CIDH y, consideró que *"el Estado no puede asignar los recursos por publicidad de manera arbitraria, con base en*

criterios irrazonables"¹⁸, asimismo estimó que esa distribución arbitraria *"configura un supuesto de presión que lejos de preservar la integridad del debate público lo puso en riesgo, afectando injustificadamente, de un modo indirecto, la libertad de prensa y el legítimo interés que el diario 'Río Negro' y sus lectores tienen en el comportamiento de los funcionarios políticos de dicha provincia en el ejercicio de sus funciones"¹⁹.*

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

A este respecto la justicia argentina señaló:

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

Estos casos fueron precedidos por detallados estudios que documentaron, a través de pedidos de acceso a la información pública, los mecanismos

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

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

²⁰ Sala IV de la Cámara de lo Contencioso Administrativo Federal. 10 de febrero de 2009. Causa No. 18.639/2006: *Editorial Perfil S. A. y otro contra EN – Jefatura Gabinete de Ministros – SMC sobre amparo ley 16-986*, considerando 11; Asociación por los Derechos Civiles. 11 de febrero de 2009. *Caso Perfil: un fallo en contra de la censura indirecta*. Disponible en: http://www.adc.org.ar/sw_contenido.php?id=513; Comité para la Protección de los Periodistas. 19 de febrero de 2009. *Argentine court orders official ads into critical publications*. Disponible en: <http://cpj.org/2009/02/argentine-court-orders-official-ads-into-critical.php>; Sociedad Interamericana de Prensa. 12 de febrero de 2009. *Satisface a la SIP fallo en Argentina sobre publicidad oficial*. Disponible en: http://www.sipiapa.org/v4/index.php?page=cont_comunicados&seccion=detalles&id=4136&idioma=sp

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

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

*de distribución de la publicidad oficial*²¹. Este tipo de investigaciones son de vital importancia para identificar las deficiencias de la regulación o las asignaciones arbitrarias de los Estados tendientes a influir, de manera indirecta, en el contenido de los medios. [...]”.

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

Para ello el organismo regional ha señalado:

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

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

A) LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Los Partidos y Movimientos Políticos se organizarán democráticamente y tendrán como principios rectores la transparencia, objetividad,

moralidad, la equidad de género, y el deber de presentar y divulgar sus programas políticos.

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

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

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

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

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

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

Los directivos de los partidos a quienes se demuestre que no han procedido con el debido cuidado y diligencia en el ejercicio de los derechos y obligaciones que les confiere Personería Jurídica también estarán sujetos a las sanciones que determine la ley.

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

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

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

El artículo 109 constitucional dispuso que:

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

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

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

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

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

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

Para las elecciones que se celebren a partir de la vigencia del presente acto legislativo, la violación de los topes máximos de financiación de las campañas, debidamente comprobada, será sancionada con la pérdida de investidura o del

cargo. La ley reglamentará los demás efectos por la violación de este precepto.

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

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

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

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

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

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

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

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

- El Estado como financiador político y electoral de los Partidos y Movimientos Políticos con personería jurídica, de conformidad con la ley.
- El artículo constitucional otorga la facultad reglamentaria al legislativo, el que deberá señalar el monto, porcentaje y proporción de dicha financiación.
- Ahora bien, amén de la norma constitucional y la modificación incluida por el Acto Legislativo número 1 de 2003 en su artículo 3°, se limitan y reglamentan las cuantías,

topes y montos de las campañas, así como se garantiza el derecho al acceso a medios de comunicación y difusión.

- Si la violación de dichas normas supone las sanciones disciplinarias y políticas para los candidatos, la igualdad ante la ley debe suponer el hecho de que la Administración también sea limitada en cuanto a su participación, acceso y uso de los medios de comunicación y difusión.

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

Sobre este particular, el artículo 209 constitucional dispone que:

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

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

B) RÉGIMEN JURÍDICO

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

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

A su turno, el artículo 3° dispone:

“[...] Artículo 3°. Actividades de la campaña presidencial. Se entiende por actividades de campaña presidencial, la promoción política y la propaganda electoral a favor de un candidato a la Presidencia de la República. La promoción política hace referencia a la divulgación de la propuesta de gobierno o proyecto político del candidato. La propaganda electoral es el conjunto de actividades políticas realizadas con la finalidad directa de convocar a los electores a votar en favor de un candidato. [...]” (Subrayado fuera de texto).

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

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

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

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

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

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

de campaña presidencial de cada candidato. El Consejo Nacional Electoral publicará dicha información y verificará que la presencia de los candidatos en dichas emisiones o publicaciones sea equitativa.

Si de estos informes el Consejo Nacional Electoral deduce que no se ha dado un trato equitativo en la información de las actividades políticas de los candidatos presidenciales, la entidad solicitará al respectivo medio de comunicación social que establezca el equilibrio informativo, y podrá acordar con el respectivo medio y la Comisión Nacional de Televisión, o el Ministerio de Comunicaciones, según sea el caso, las medidas que se requieran dentro de las setenta y dos (72) horas siguientes.

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

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

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

en adoptar medidas que minimicen el ímpetu de las ventajas presidenciales. [...]”.

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

[...] No es cierto que no se restrinja en el tiempo la facultad de intervención presidencial, ni tampoco que se permita una “precampaña política” sin la aplicación de las medidas establecidas en la ley para asegurar la igualdad electoral. Todo lo contrario, la norma sí fija un límite temporal de un mes para la intervención presidencial en la precampaña política, y sí establece que dentro de dicho lapso se apliquen al presidente o al vicepresidente que actúen como precandidatos las mismas reglas que, con miras a garantizar la igualdad electoral, se prevén en el caso en que dichos funcionarios sean candidatos a la elección presidencial. Por lo mismo, por este aspecto no puede hablarse de que la norma bajo examen obstaculice tal igualdad entre los candidatos. Por tal razón, los reproches de inconstitucionalidad que en este sentido formulan la Defensoría y la Procuraduría no se fundan en razones ciertas, en cuanto no tienen en cuenta lo que la disposición atacada realmente prescribe. En cuanto a la apreciación de la Vista Fiscal según la cual no puede otorgarse un término igual de un mes a los demás precandidatos y al Presidente en ejercicio para la realización del proselitismo al interior del partido, la Corte estima que le asiste razón al señor Procurador. Justamente, si el propósito de la ley es lograr la igualdad electoral, dicha restricción temporal para hacer campaña al interior del partido debe cobijar solamente al presidente candidato, que es quien se encuentra por este aspecto en una posición ventajosa que resulta necesario compensar. [...]”²².

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

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

extensión, tamaño y medios de comunicación, de manera tal que se logre la mayor austeridad en el gasto y la reducción real de costos.

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

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

En ningún caso las entidades objeto de esta reglamentación podrán patrocinar, contratar o realizar directamente publicidad oficial que no esté relacionada con las funciones que legalmente debe cumplir, ni contratar o patrocinar la impresión de ediciones de lujo. [...]”.

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

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

REGLAMENTACIÓN DEL CONSEJO NACIONAL ELECTORAL (CNE)

La organización electoral, encarnada en el CNE como garante de las elecciones y la participación

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

política, definió en la Resolución número 0289 de 2014 que:

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

A manera de ilustración y para el objeto del proyecto de ley que se propone y, según la información aportada por la CGR, durante el periodo comprendido 2012-2014, el Estado colombiano gastó en publicidad y eventos \$2.312.933.351.571.

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

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

2.4 DESARROLLOS RECIENTES (2017)

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

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

Según información periodística, el señor Roberto Prieto, en 2010, creó una sociedad comercial en Panamá y abrió una cuenta en un banco en la que le consignaron US\$450.000 por parte de Odebrecht para el pago de un trabajo publicitario para la campaña de Juan Manuel Santos de ese año²³.

²³ https://www.google.com.co/search?q=gastos+en+publicidad+estatal&source=lnms&tbm=news&sa=X&ved=0ahUKEwjGnZ2v5ujVAhWFJCYKHe5UC1sQ_AUICygC&biw=1366&bih=662

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

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

Según la investigación periodística de la emisora La W “*en su momento el Presidente de Findeter, Luis Fernando Arboleda, aseguró que los contratos celebrados con Marketmedios fueron realizados dentro del marco legal y que no influyó su relación con Roberto Prieto, amigo de vieja data, y quien además le dijo a La W que él lo había recomendado para el cargo luego de trabajar juntos en la campaña Santos 2010*”²⁴.

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

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

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

Esta ley (1864) define “*multas entre 50 y 200 smlmv por el delito de perturbación del sistema democrático. También habrá multas para quienes cometan constreñimiento al sufragante. En este último delito, la pena oscila entre cuatro y nueve*”.

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

²⁵ *Ibíd.*

²⁶ *Ibíd.*

*años de prisión, sin embargo, podría aumentarse de la mitad al doble en caso de que sea cometido por un servidor público*²⁷.

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

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

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

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

En otras palabras, el Gobierno de Santos contrató a una empresa de publicidad para que se encargara, por medio de influenciadores, de replicar todo tipo de información relacionada con su gestión, o por lo menos la gestión del Mintic²⁸.

Muy a pesar de la promesa hecha en 2014 por el Gobierno nacional de reducir sus gastos en publicidad y buscar un ahorro de \$1 billón de pesos, la conducta se ha reiterado en 2015, 2016 y 2017, y ahora que se encuentra en revisión el anteproyecto del Presupuesto General de la Nación (PGN, 2018) el tema cobra total relevancia, especialmente, cuando el contrato en comento (a manera de ejemplo de los muchos que se celebran con este objeto y con cargo al PGN) abre una serie

de interrogantes: ¿cuál era la necesidad de contratar a un equipo de 30 influenciadores de redes sociales para que hiciera lo que le corresponde al equipo de comunicación del Mintic?, ¿Este es el único contrato existente con estas características? ¿Qué tipo de información se encargaron de difundir dichos influenciadores?

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

Lo que llama la atención es que este contrato se celebró justo el año en que el Presidente Santos le había solicitado a sus ministros “ajustarse el cinturón” en lo que tenía que ver con el gastos estatal y, específicamente, les pidió disminuirlo en temas relacionados con eventos, publicidad, viajes, viáticos y comunicaciones²⁹.

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

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

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

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

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

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

²⁹ *Ibíd.*

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

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

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

La situación fiscal es preocupante, y un presupuesto estimado en 235,5 billones de pesos, que destina una inversión de solo 34,2 billones de pesos, es decir, con una caída de 16,8 por ciento frente a lo que se está invirtiendo este año. Uno de los elementos más preocupantes del Presupuesto 2018 es la repetida contracción (por tercer año consecutivo) del componente de inversión, que descendió del 4,5 al 3,5 por ciento del PIB.

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

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

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

El Congreso de la República de Colombia

DECRETA

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

relacionadas con la naturaleza y misión de las entidades estatales.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Parágrafo 2°. En caso de que se presenten elecciones atípicas, la Organización Electoral reglamentará los derechos y deberes de las campañas para el uso y difusión de publicidad. La publicidad estatal de naturaleza institucional se limitará a la información relacionada con la celebración de los comicios correspondientes.

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

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

El informe al que se refiere este artículo deberá contener como mínimo la identificación exacta del contratista (persona natural o jurídica), su documento (NIT o cédula de ciudadanía), el objeto del contrato, su valor, plazo, el impacto esperado, la modalidad de contratación con la que se adjudicó, el porcentaje de avance y cumplimiento

y las posibles alertas o advertencias que deban ser puestas en conocimiento del organismo de control.

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

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

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

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

Artículo 11. *Equilibrio presupuestal.* En observancia del principio de austeridad y racionalización del gasto público, ninguna entidad estatal, o adscrita o de naturaleza mixta o vinculada, podrá destinar recursos en materia de publicidad que sobrepasen los rubros definidos para el cumplimiento y desarrollo de sus objetivos, planes y programas misionales, previamente aprobados y/o en ejecución.

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

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

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

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

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

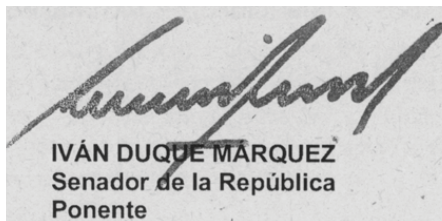
Parágrafo. Está prohibida cualquier censura indirecta y/o discriminación negativa.

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

IV. Proposición

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


Atentamente,



IVÁN DUQUE MÁRQUEZ
Senador de la República
Ponente

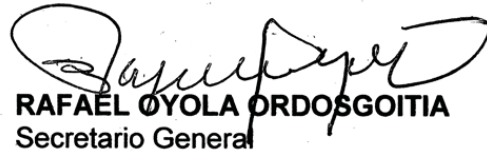
Bogotá, D. C., 14 de noviembre de 2017

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



RAFAEL OYOLA ORDOSGOITIA
Secretario General

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



RAFAEL OYOLA ORDOSGOITIA
Secretario General

TEXTO DEFINITIVO APROBADO EN PRIMER DEBATE POR LA COMISIÓN TERCERA DEL SENADO EN SESIÓN DEL DÍA 25 DE OCTUBRE DE 2017 AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 104 DE 2017 SENADO

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

El Congreso de la República de Colombia

DECRETA:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Parágrafo 2°. En caso de que se presenten elecciones atípicas, la Organización Electoral

reglamentará los derechos y deberes de las campañas para el uso y difusión de publicidad. La publicidad estatal de naturaleza institucional se limitará a la información relacionada con la celebración de los comicios correspondientes.

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

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

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

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

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

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

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

amenazas, perturbaciones o afectaciones del orden público, económico, ecológico y social.

Artículo 11. Equilibrio presupuestal. En observancia del principio de austeridad y racionalización del gasto público, ninguna entidad estatal, o adscrita o de naturaleza mixta o vinculada, podrá destinar recursos en materia de publicidad que sobrepasen los rubros definidos para el cumplimiento y desarrollo de sus objetivos, planes y programas misionales, previamente aprobados y/o en ejecución.

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

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

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

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

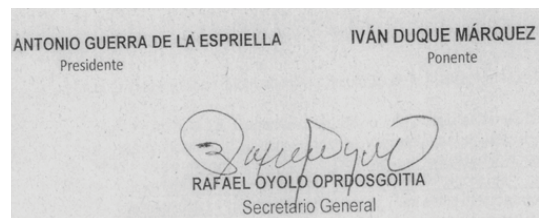
Si se requiriere acudir a proveedores particulares, se aplicarán los criterios de objetividad, imparcialidad y equilibrio, así como lo dispuesto por la Ley 80 de 1993.

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

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

Bogotá, D. C., 25 de octubre de 2017

En sesión de la fecha se le dio lectura a la proposición con que termina el informe para primer debate del Proyecto de ley número 104 de 2017 Senado, por medio de la cual se regula el uso adecuado y eficiente de recursos públicos destinados a publicidad de naturaleza estatal y se dictan otras disposiciones. Una vez aprobada la proposición la Presidencia sometió a consideración el articulado presentado por el ponente, siendo aprobado sin modificaciones. La Comisión de esta forma declara aprobado en su primer debate el proyecto mencionado. Acta número 10 de 25 de octubre de 2017. Anunciado el día 24 de octubre de 2017; Acta número 09 de 2017.



CONTENIDO

Gaceta número 1041 - Martes 14 de noviembre de 2017

SENADO DE LA REPÚBLICA Págs.

INFORMES DE OBJECIONES PRESIDENCIALES

Informe de objeción presidencial al Proyecto de ley número 123 de 2016 Senado, 082 de 2015 Cámara, por medio de la cual se establecen los lineamientos para el desarrollo de la política pública de prevención de la infertilidad y su tratamiento dentro de los parámetros de salud reproductiva.1

PONENCIAS

Informe de ponencia para segundo debate, texto propuesto y texto definitivo aprobado en primer debate por la Comisión Tercera al Proyecto de ley número 22 de 2016 Senado, por medio de la cual se incluye la Economía Colaborativa Digital (ECD) en Colombia. 9

Informe de ponencia para segundo debate, texto definitivo y texto definitivo aprobado en primer debate por la Comisión Tercera al proyecto de ley número 104 de 2017 Senado, por medio del cual se regula el uso adecuado y eficiente de recursos públicos destinados a publicidad de naturaleza estatal y se dictan otras disposiciones. 18