



GACETA DEL CONGRESO

SENADO Y CÁMARA

(Artículo 36, Ley 5ª de 1992)

IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA
www.imprenta.gov.co

ISSN 0123 - 9066

AÑO XXVII - N° 1156

Bogotá, D. C., jueves, 27 de diciembre de 2018

EDICIÓN DE 28 PÁGINAS

DIRECTORES:

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

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

RAMA LEGISLATIVA DEL PODER PÚBLICO

SENADO DE LA REPÚBLICA

CONCEPTOS JURÍDICOS

CONCEPTO JURÍDICO DEL MINISTERIO DE SALUD AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 05 DE 2018 SENADO

por la cual se establece el reajuste anual de pensiones.

Bogotá, D. C.

Doctor

JESÚS MARÍA ESPAÑA VERGARA

Comisión Séptima Constitucional

Senado de la República

Carrera 7ª N.º 8-68

Bogotá, D. C.

Asunto: Concepto sobre el **proyecto de ley 05 de 2018 Senado**, por la cual se establece el reajuste anual de pensiones.

Señor secretario:

Teniendo presente que la iniciativa de la referencia está pendiente de surtir primer debate en esa Corporación, se hace necesario emitir el concepto institucional desde la perspectiva del Sector Salud y Protección Social. Para tal cometido, se toma como fundamento el texto publicado en la *Gaceta del Congreso* número 541 de 2018.

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

1. CONTENIDO

La propuesta legislativa dispone:

Artículo 1°. Las pensiones de vejez o jubilación, de invalidez y de sustitución o sobrevivientes en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones, se reajustarán anualmente de oficio el 1° de enero de cada año, según el incremento del salario mínimo legal mensual vigente (smlmv).

Artículo 2°. El Gobierno nacional reglamentará la presente ley, previa consulta con las organizaciones de pensionados, retirados y jubilados en todos sus niveles

como son asociaciones, federaciones y confederaciones legalmente constituidas que aglutinen a los beneficiarios de la presente ley.

[...].

2. CONSIDERACIONES GENERALES

2.1. Como primera medida, al analizar el articulado del proyecto de ley es de recibo señalar que este desconoce lo consagrado en el Acto Legislativo 01 de 2005: “*por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política*”, el cual determina:

[...] El Estado garantizará los derechos, **la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional**, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. **Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas** [...] (Énfasis fuera del texto).

Como se puede apreciar, el Acto Legislativo introduce el criterio de la sostenibilidad financiera, mediante el cual las leyes que se expidan en materia pensional con posterioridad al 25 de julio de 2005, deberán asegurar su financiación. Este principio está en consonancia con la esencia de la Constitución Política de 1991, toda vez que en el artículo 2° de la misma se contempla como uno de los fines del Estado el garantizar la efectividad de los derechos, por ende, se espera que los que se otorguen no sean meramente teóricos sino eficaces.

2.2. Acto seguido, es dable expresar que el Estado dirige, coordina, reglamenta y vigila el sistema y los particulares tienen el derecho-deber concomitante de participar en la ampliación de la cobertura así como en la ejecución de las prestaciones. Para la Corte Constitucional:

[...] la finalidad de la reforma constitucional del artículo 48 de la C. P. fue procurar la sostenibilidad financiera del sistema [...] asegurando [...] (su) efectividad y [...] eficiencia [...] Al mismo tiempo [...] (se) introduce[n] dos nuevos criterios o principios a tener en cuenta en el sistema de seguridad social colombiano, **además del de**

universalidad, progresividad, eficiencia y solidaridad, que son los principios de equidad y sostenibilidad financiera del sistema, los cuales se incluyen ‘... por cuanto se dispone de recursos limitados que deben ser distribuidos de acuerdo con las necesidades de la población para lo cual se deben establecer los mecanismos que logren la suficiencia con el fin de que realmente se dé la efectividad del derecho’ [...]’¹ (Énfasis fuera del texto).

Sobre ese aspecto, el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto del 18 de octubre de 2012, radicación número 2012-00075-00(2121), Consejero Ponente Dr. Luis Fernando Álvarez Jaramillo, recoge los argumentos planteados por los entonces Señores Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Protección Social², respecto del proyecto de Acto Legislativo número 34 de 2004 Cámara, según los cuales:

[...] En la medida en que el país ha venido haciendo un esfuerzo considerable por sanear el problema pensional, es fundamental establecer mecanismos para evitar que en un futuro dicho esfuerzo pueda verse desperdiciado. Por tal razón [...] la sostenibilidad financiera del sistema [...] implica [...] que en cualquier regulación futura que se haga del régimen pensional se debe preservar su equilibrio financiero, evitando por consiguiente situaciones críticas [...]’³.

Se puede decir, entonces, que al Estado se le asignó el deber de asegurar que el Sistema de Pensiones sea financieramente viable, con el propósito de que las prestaciones que se reconozcan no afecten generaciones presentes y futuras, asegurando un equilibrio financiero, de manera que los niveles de protección que hoy se ofrecen, puedan mantenerse a largo plazo.

Así las cosas, es pertinente manifestar que al reajustar las pensiones de vejez o jubilación, de invalidez y de sustitución o sobrevivientes en los términos del proyecto de ley, en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones anualmente de oficio el primero de enero de cada año según el incremento del salario mínimo legal mensual vigente, se estaría transgrediendo el principio de Sostenibilidad Financiera del Sistema.

2.3. De otra parte, es de advertir que la propuesta legislativa dentro de su estructura y contenido no trata ni desarrolla el impacto fiscal que esta ocasionaría en el Sistema General de Pensiones, comoquiera que ordena gasto público sin sujetarse a los preceptos que condicionan la expedición de normas de conformidad con el artículo 151 de la C. Pol.

Es más, no se plantea lo atinente al efecto financiero acorde con lo consagrado en el artículo 7° de la Ley 819 de 2003⁴: “Por la cual se dictan normas orgánicas en materia

de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones” y, por ende, es factible que, dentro del iter legislativo se exteriorice dicha falencia. Sobre el particular, la Corte Constitucional ha enfatizado:

[...] Del anterior recuento jurisprudencial pueden deducirse las siguientes subreglas: (i) las obligaciones previstas en el artículo 7° de la Ley 819/03 constituyen un parámetro de racionalidad legislativa, que cumple fines constitucionalmente relevantes como el orden de las finanzas públicas y la estabilidad macroeconómica, (ii) el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 7° de la Ley 819 de 2003 corresponde al Congreso, pero principalmente al Ministro de Hacienda y Crédito Público, en tanto que “es el que cuenta con los datos, los equipos de funcionarios y la experticia en materia económica. Por lo tanto, en el caso de que los congresistas tramiten un proyecto incorporando estimativos erróneos sobre el impacto fiscal, sobre la manera de atender esos nuevos gastos o sobre la compatibilidad del proyecto con el Marco Fiscal de Mediano Plazo, le corresponde al Ministro de Hacienda intervenir en el proceso legislativo para ilustrar al Congreso acerca de las consecuencias económicas del proyecto”, (iii) en caso de que el Ministro de Hacienda y Crédito Público no intervenga en el proceso legislativo u omita conceptuar sobre la viabilidad económica del proyecto no lo vicia de inconstitucionalidad, puesto que este requisito no puede entenderse como un poder de veto sobre la actuación del Congreso o una barrera para que el Legislador ejerza su función legislativa, lo cual “se muestra incompatible con el balance entre los poderes públicos y el principio democrático” y (iv) el informe presentado por el Ministro de Hacienda y Crédito Público no obliga a las células legislativas a acoger la posición del Ministro [...]’⁵.

Bajo esa perspectiva, para estar en consonancia con el mandato estipulado en la citada ley y los desarrollos jurisprudenciales, es necesario que se incluyan expresamente los costos fiscales que involucraría la iniciativa legislativa y que además se establezcan las fuentes que sustituyan los recursos que actualmente ingresan al sistema. Lo anterior sin perjuicio de la intervención que esté llamado a realizar el Ministro de Hacienda y Crédito Público, en cualquier tiempo del trámite legislativo, en materia fiscal.

Igualmente, en la exposición de motivos no se indicó el impacto fiscal que implicaría el que todos los pensionados del país dentro del marco reseñado en el proyecto de ley, tanto en el régimen de prima media con prestación definida y en el de ahorro individual, reciban un reajuste en su mesada pensional según el aumento del salario mínimo legal mensual vigente.

3. CONCLUSIÓN

tiempo durante el respectivo trámite en el Congreso de la República, deberá rendir su concepto frente a la consistencia de lo dispuesto en el inciso anterior. En ningún caso este concepto podrá ir en contravía del Marco Fiscal de Mediano Plazo. Este informe será publicado en la *Gaceta del Congreso* [...] Los proyectos de ley de iniciativa gubernamental, que planteen un gasto adicional o una reducción de ingresos, deberá contener la correspondiente fuente sustitutiva por disminución de gasto o aumentos de ingresos, lo cual deberá ser analizado y aprobado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público [...] En las entidades territoriales, el trámite previsto en el inciso anterior será surtido ante la respectiva Secretaría de Hacienda o quien haga sus veces.

⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-700 de 2010, M. P. Jorge Pretelt Chaljub.

¹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-228 de 2011, M. P. Juan Carlos Henao Pérez.

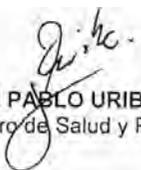
² Hoy Ministerio de Salud y Protección Social (Cfr. Decreto-ley 4107 de 2011).

³ En: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=50825>.

⁴ **Artículo 7°. Análisis del Impacto Fiscal de las Normas.** En todo momento, el impacto fiscal de cualquier proyecto de ley, ordenanza o acuerdo, que ordene gasto o que otorgue beneficios tributarios, deberá hacerse explícito y deberá ser compatible con el Marco Fiscal de Mediano Plazo [...] Para estos propósitos, deberá incluirse expresamente en la exposición de motivos y en las ponencias de trámite respectivas los costos fiscales de la iniciativa y la fuente de ingreso adicional generada para el financiamiento de dicho costo [...] El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en cualquier

En estos términos, se presenta la posición del Ministerio de Salud y Protección Social en lo relativo a la iniciativa legislativa de la referencia. Se advierte que por las razones expuestas, devendría inconstitucional e inconveniente, toda vez que transgrede el Sistema General de Pensiones, por tanto, se solicita al Honorable Congreso de la República, respetuosamente, considerar su archivo.

Atentamente,



JUAN PABLO URIBE RESTREPO
Ministro de Salud y Protección Social

Comisión Séptima Constitucional Permanente
LA COMISIÓN SÉPTIMA CONSTITUCIONAL
PERMANENTE DEL HONORABLE SENADO DE LA
REPÚBLICA.

Bogotá, D. C., a los dieciocho (18) días del mes de diciembre del año dos mil dieciocho (2018) - En la presente fecha se autoriza la publicación en *Gaceta del Congreso* de la República, las siguientes Consideraciones.

Concepto: Ministerio de Salud y Protección Social

Refrendado por: Doctor Juan Pablo Uribe Restrepo
- Ministro

Al proyecto de ley número 05 de 2018 Senado

Título del Proyecto: *por la cual se establece el reajuste anual de pensiones.*

Número de folios: seis (6) folios

Recibido en la Secretaría de la Comisión Séptima del Senado el día: martes dieciocho (18) de diciembre de 2018

Hora: 9:00 a. m.

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

El Secretario,



JESÚS MARÍA ESPAÑA VERGARA
Secretario Comisión Séptima

**CONCEPTO JURÍDICO DEL MINISTERIO
DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO AL
INFORME DE PONENCIA PARA SEGUNDO
DEBATE DEL PROYECTO DE LEY 54 DE
2018 SENADO**

por medio de la cual se incluye sin costo adicional un paquete de productos y/o servicios financieros por el pago de la cuota de manejo de las tarjetas débito y crédito.

1.1 Oficina Asesora de Jurídica

Bogotá, D. C.

Honorable Congresista

ERNESTO MACÍAS TOVAR

Senado

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Carrera 7ª número 8-68

Ciudad.

Asunto: Consideraciones del Ministerio de Hacienda y Crédito Público frente al informe de ponencia para segundo debate al **proyecto de ley número 54 de**

2018 Senado, por medio de la cual se incluyen sin costo adicional un paquete de productos y/o servicios financieros por el pago de la cuota de manejo de las tarjetas débito y crédito.

Respetado Presidente:

De manera atenta, se presentan los comentarios y consideraciones frente al informe de ponencia para segundo debate al proyecto de ley del asunto, en los siguientes términos:

El artículo 1° de la iniciativa, establece:

“Artículo 1°. Las entidades autorizadas para captar recursos del público que **cobren cuotas de manejo por las cuentas de ahorros, las tarjetas débito y las tarjetas crédito**, deberán garantizar mensualmente a sus usuarios el acceso a un paquete mínimo de productos y/o servicios **sin costo adicional**.

Parágrafo 1°. En el caso de las **cuentas de ahorro**, el paquete mínimo **sin costo adicional** al que hace referencia el presente artículo, estará compuesto por el acceso a **por lo menos tres** de los siguientes productos y/o servicios:

- Talonario o libreta para cuentas de ahorro
- Consignación nacional.
- Retiro por ventanilla en una oficina diferente a la de radicación de la cuenta con talonario o libreta.
- Copia de extracto en papel
- Certificación bancada.
- Expedición cheque de gerencia.

Parágrafo 2°. En el caso de las **tarjetas débito**, el paquete mínimo **sin costo adicional** al que hace referencia el presente artículo, estará compuesto por el acceso a **por lo menos tres** de los siguientes productos y/o servicios:

- Retiros red propia
- Retiros otra red.
- Consultas red propia.
- Consultas otra red.
- Certificación bancada,
- Consignación nacional.

Parágrafo 3°. En el caso de las **tarjetas crédito**, el paquete mínimo **sin costo adicional** al que hace referencia el presente artículo, estará compuesto por el acceso a **por lo menos tres** de los siguientes productos y/o servicios.

- Avance en cajero de otra entidad.
- Avance en cajero de la misma entidad.
- Avance en oficina
- Consulta de saldo en cajero de la misma entidad.
- Reposición por deterioro”. (Negrilla fuera de texto).

Al respecto, cabe resaltar el loable propósito del proyecto de ley, en particular, que los usuarios del sistema financiero puedan acceder a un paquete de servicios o productos que esté incluido en el valor que actualmente pagan por concepto de la cuota de manejo de sus tarjetas crédito o débito, con lo cual se persigue que el usuario pueda acceder a más servicios y productos por el hecho de pagar una cuota de manejo.

No obstante, debe advertirse que la iniciativa podría tener implicaciones importantes en la prestación de los servicios y, en esa medida, sería necesario hacer un análisis detallado y cuidadoso del impacto del mismo, principalmente, en términos de los costos que puede tener para los propios consumidores financieros y para las entidades; así como la ocurrencia de posibles

subsídios cruzados en la prestación de los servicios y restricciones a las condiciones de libre competencia en el mercado financiero. Así mismo, se considera importante revisar otras normas que sobre protección al consumidor han sido promovidas por el Congreso de la República y reglamentadas por el Gobierno nacional, las cuales buscan contribuir a la prestación eficiente de los servicios financieros.

En relación con la obligación de que las entidades del sector financiero presten productos o servicios de manera gratuita o que éstos estén incluidos en una tarifa establecida para otro producto, es necesario considerar varios aspectos importantes.

En primer lugar, la fijación de normas que obligan el ofrecimiento de servicios financieros de manera gratuita o restrinjan la posibilidad de fijar libremente los precios de los mismos, podría terminar impactando las tarifas de otros productos o servicios. A este fenómeno la literatura económica ha denominado “subsídios cruzados”, consistente en las modificaciones que realiza una empresa a sus precios o tarifas para que los ingresos obtenidos en un producto o servicio le permitan financiar cargos o pérdidas asociadas a otros conceptos. Lo anterior está íntimamente ligado al cobro que realizan las entidades financieras por estos servicios asociados a los costos por su prestación, los cuales no desaparecen por el hecho de prohibir o restringir la libertad de fijar sus tarifas.

En este sentido, se puede generar un efecto contrario al que persigue el proyecto, pues el consumidor financiero que en adelante accederá a tres servicios de manera gratuita o incluidos dentro de su cuota de manejo, puede verse afectado por un aumento de precios en otros productos y servicios, inclusive, en la propia cuota de manejo de su tarjeta de crédito o débito. De la misma manera, se puede afectar a otros consumidores financieros de manera general por la posibilidad de que sus servicios financieros aumenten de precio o les empiecen a cobrar cargos que antes no tenían.

En segundo lugar, es importante mencionar que obligar a las entidades financieras a ofrecer algún tipo de servicio gratuito podría generar un efecto de desincentivo para que las entidades presten estos servicios o productos y, adicionalmente, afectar la competencia en el mercado en aquellas firmas que eventualmente no tendrían incentivos claros para entrar a dicho mercado, dado que existen costos que no se pueden recuperar directamente y que hacen oneroso para una firma nueva entrar a un mercado con este tipo de condiciones particulares.

De otro lado, los productos que se busca queden incluidos dentro de la cuota de manejo corresponden a aquellos que usualmente implican para la entidad incurrir en altos costos administrativos y operativos, por ejemplo, la expedición de un talonario, la impresión del extracto en papel, la expedición de cheques de gerencia o la certificación bancaria, procedimientos de seguridad, entre otros.

Así también, la consignación nacional o el retiro en ventanilla en una oficina diferente también son servicios que implican altos costos operativos para las entidades en términos de realizar procesos para que exista disposición de efectivo en los diferentes puntos de la geografía nacional y en las distintas entidades que participen, así como la realización de proceso de compensación, etc.

En consecuencia, incluir servicios que son más onerosos en la cuota de manejo, puede conllevar un aumento generalizado en las cuotas de manejo, inclusive, impactar otros servicios para poder cubrir los costos a los

que se ha hecho referencia, es decir, bajar el precio de los canales tradicionales (consignación, talonarios o libretas, retiros por ventanilla, entre otras). En suma, la medida puede terminar por fomentar el uso de estos canales para la realización de las operaciones financieras, los cuales por definición son más costosos y en muchos casos más inseguros tanto para los consumidores como para las entidades financieras.

En todo caso, dado que la exposición de motivos de la iniciativa no trae un análisis del impacto financiero y operacional para las entidades sujetas al mismo, sería necesario contar con dicho estudio para conocer de manera previa el posible efecto de la norma, que permita contar con elementos de juicio para validar su viabilidad y prever posibles consecuencias sobre los diferentes participantes del sistema financiero.

Ahora bien, el artículo 333 de la Constitución Política establece:

“Artículo 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común.

Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

*La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. **El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.***

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la nación”. (Negrilla fuera de texto).

Sobre el particular, la Corte Constitucional ha señalado:

“Entre los distintos modelos de organización del mercado, la Constitución ha optado por uno que privilegia la libre competencia, para lo cual se reserva a la ley, vale decir, al gobierno democrático, la función de velar por que se configuren las condiciones que lo hacen posible. El alcance de la decisión constituyente no se avizora sin antes repasar someramente los estadios que la precedieron, pues ella se coloca al final de un largo decurso histórico que muestra la relación cambiante que vincula el mercado a la sociedad y al Estado.

(...)

A lo largo de la evolución histórica se van conformando las instituciones de la economía de mercado. La libre iniciativa privada (libertad de empresa), se reivindica como zona de libertad frente a la precedente ordenación corporativa. La libertad de organización de los factores de la producción, que incluye la libertad contractual, como facultad del sujeto económico libre, responde a la necesidad de que en el mercado, lugar de encuentro de los operadores, cada uno pueda sacar adelante su interés y asumir la responsabilidad consiguiente. A través del ejercicio de estas dos facultades, la Constitución reconoce un ámbito legítimo para el desarrollo de la razón instrumental que apunta a la satisfacción del interés material propio. Por su parte la crisis de las instituciones del mercado y la erosión de los poderes de los consumidores, aunada a la importancia que se le reconoce al mercado en las economías contemporáneas, han originado en cabeza del Estado poderosos

instrumentos de intervención que le permiten sancionar concentraciones, abusos y disfunciones que a menudo se presentan en ellas, de suerte que a mayor imperfección de estas el balance induce a una mayor intervención del Estado ya sea para corregirlas, compensarlas o en casos extremos, sustituir enteramente los mecanismos de mercado”¹.

Así mismo, en la Sentencia C-263 de 2011 la misma Corporación indicó:

“La libertad de empresa comprende la facultad de las personas de (...) afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente de capital) para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia”. Esta libertad comprende, entre otras garantías, (i) la libertad contractual, es decir, la capacidad de celebrar los acuerdos que sean necesarios para el desarrollo de la actividad económica, y (ii) la libre iniciativa privada. Su núcleo esencial comprende, entre otras prerrogativas, (i) el derecho a un tratamiento igual y no discriminatorio entre empresarios o competidores que se hallan en la misma posición; (ii) el derecho a concurrir al mercado o retirarse; (iii) la libertad de organización y el derecho a que el Estado no interfiera en los asuntos internos de la empresa como la organización empresarial y los métodos de gestión; (iv) el derecho a la libre iniciativa privada; (v) el derecho a la creación de establecimientos de comercio con el cumplimiento de los requisitos que exija la ley; y (vi) el derecho a recibir un beneficio económico razonable”.

En relación con la fijación de precios, la Superintendencia de Industria y Comercio² ha señalado que:

“En consecuencia, por regla general los distribuidores y expendedores podrán fijar libre y autónomamente los precios de acuerdo con su estructura de costos y su margen de utilidad sin sujetar al consenso de otras voluntades el precio, el cual debe estar determinado por el libre juego de la oferta y la demanda”.

De acuerdo con la normativa, jurisprudencia y directrices transcritas, si bien el Estado tiene la responsabilidad de garantizar a los colombianos la libertad de empresa y la libre competencia, también tiene el deber de asegurar a la empresa privada el derecho a recibir un beneficio económico razonable por los productos o servicios ofrecidos. En este sentido, limitar la posibilidad de recibir este beneficio o ejercer la libertad contractual, fijar libremente los precios, etc., podría devenir en inconstitucional.

Por otro lado, en el país se han venido adelantando una serie de reformas en la regulación financiera que tienen como propósito el fortalecimiento del régimen de protección de los consumidores, consistente en un balance de los intereses de los consumidores y de las entidades financieras, buscando en todo caso, una prestación más eficiente de los servicios financieros.

En este contexto de fortalecimiento del régimen de protección se expidieron las reglas relacionadas con el régimen de protección al consumidor financiero contenidas en la Ley 1328 de 2009³ y la Ley 1748 de

2014⁴, las cuales buscan que los consumidores financieros cuenten con información transparente sobre los servicios financieros contratados, de tal manera que puedan tomar sus decisiones financieras plenamente informados, así como la creación de mecanismos que permitan una adecuada protección a los consumidores del sistema.

Respecto de la Ley 1748 de 2014, es preciso mencionar que fue reglamentada por el Gobierno nacional en el Decreto 4809 de 2011⁵, hoy incorporado en el Decreto 2555 de 2010⁶, mediante el cual se establecen una serie de normas con el objetivo de reducir la asimetría de información que existe entre la oferta y la demanda de servicios financieros. A continuación, las medidas más significativas:

- **Reporte anual de costos totales:** envió a los consumidores financieros de un reporte informando la suma de todos los costos que este ha pagado anualmente.
- **Operaciones fallidas:** se prohíbe el cobro de tarifas por operaciones fallidas.
- **Divulgación y fijación de tarifas por operaciones en cajeros automáticos:** se obliga a la divulgación de las tarifas asociadas a retiros de efectivo en cajeros. Cuando el retiro se realice por fuera de la red propia de la entidad, la tarifa puede exceder veinte (20) Unidades de Valor Real (UVR) solo cuando de manera previa la entidad haya reportado y acreditado a la Superintendencia Financiera que los costos de la operación superan dicha suma.
- **Favorabilidad de tarifas para servicios financieros por internet:** los precios por consultas de saldo y transacciones a través de internet en ningún caso podrán ser superiores a las cobradas por otros canales.
- **Estabilidad de tarifas:** no se podrán incrementar las tarifas cobradas a sus clientes, ni imponer obligaciones adicionales a las inicialmente pactadas, sin antes haberlo notificado a cada cliente con antelación no inferior a 45 días.

Igualmente, es importante señalar que el Decreto 1854 de 2015⁷ establece un instrumento adicional para la toma de decisiones informadas por parte de los consumidores financieros potenciales—el cual es el Valor Total Unificado (VTU)—, medida que permite comparar las ofertas de las entidades financieras de forma homogénea, valor y porcentaje que incluye la tasa de interés y los costos asociados a las prestaciones del producto.

Además del ofrecimiento por parte de las entidades financieras de la mencionada canasta, esta debe tener una cotización y encontrarse disponible para el consumidor financiero que la requiera. La Superintendencia Financiera

ros, del mercado de valores y otras disposiciones.

⁴ Por medio de la cual se establece la obligación de brindar información transparente a los consumidores de los servicios financieros y se dictan otras disposiciones.

⁵ Por el cual se adiciona el Decreto 2555 de 2010, en relación con las normas y principios que deben observarse para la fijación, difusión y publicidad de las tarifas y precios de los productos y servicios financieros.

⁶ Por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones.

⁷ Por el cual se modifica el Decreto 2555 de 2010 en lo relacionado con el Valor Total Unificado (VTU) de operaciones activas y pasivas realizadas por entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, y se dictan otras disposiciones.

¹ Sentencia C-535 de 1997.

² Concepto 02001819 del 22 de febrero de 2002 de la Superintendencia de Industria y Comercio.

³ Por la cual se dictan normas en materia financiera, de segu-

de Colombia en su Circular Básica Jurídica⁸, estableció el paquete de servicios básicos en los siguientes términos⁹:

“3.4.1.3. Paquete de servicios básicos

Para los efectos previstos en el art. 2.35.4.2.2 del Decreto 2555 de 2010, el paquete de servicios básicos de una cuenta de ahorros o de un depósito electrónico, para persona natural, está compuesto por los siguientes servicios: entrega de tarjeta débito (únicamente la inicial y para cuentas de ahorros), retiro por cajeros, consultas por cajeros, retiros por oficina, transferencias entre cuentas o depósitos de la misma entidad y retiros por corresponsales. Las entidades que ofrezcan todos los servicios mencionados, deben cotizar este paquete en las condiciones que se indican en la siguiente tabla:

Servicio	Cantidad mensual incluida en la cotización del paquete
<i>Entrega de tarjeta débito (Únicamente la inicial y para cuentas de ahorros)</i>	1
<i>Retiro por cajeros</i>	6
<i>Consulta por cajeros</i>	2
<i>Retiro por oficina</i>	2
<i>Transferencia entre cuentas o depósitos de la misma entidad</i>	2
<i>Retiro por corresponsales bancarios</i>	2

El paquete de servicios básicos debe estar disponible para el consumidor financiero que lo solicite y debe ser promocionado de manera tal que este conozca los servicios y la cantidad de transacciones incluidas en la tarifa del paquete.

Las entidades pueden promocionar el paquete de servicios básicos como un producto de inclusión financiera y deben informar al consumidor financiero, por cualquier medio verificable, la tarifa a cobrar en cada paquete”.

Adicionalmente, la mencionada circular recoge varios de los tres servicios gratuitos que pretende incorporar el proyecto de ley, por ejemplo, retiros y consultas. Al respecto, la entidad financiera debe ofrecer un paquete básico que sea comparable y claro para el consumidor financiero, de modo que este pueda optar por la alternativa que le resulte más beneficiosa. Dicho esto, la existencia de más de una norma particular sobre productos o servicios podría dificultar su operatividad y el seguimiento del impacto de la misma.

En suma, las normas existentes sobre la materia buscan balancear los intereses de los diferentes partícipes del sistema financiero, que permitan a sus consumidores: (i) tomar decisiones con la mayor cantidad de información disponible, clara y comprensible; (ii) conocer los derechos y deberes como usuario de una entidad financiera; y (iii) contar con los mecanismos de queja y reclamo en caso de una prestación no adecuada de un servicio o producto.

Con respecto al impacto del proyecto sobre la política de inclusión financiera, se debe señalar que en Colombia se han implementado varias medidas que buscan facilitar el acceso y uso de servicios y productos financieros de calidad, así como la masificación de canales digitales para la realización de pagos y transferencias que reduzcan el uso del efectivo entre la población.

Así, el Gobierno nacional ha implementado medidas y canales livianos para la apertura de cuentas que no

requieren la presencia física de las personas y además no se encuentran sujetas al gravamen sobre los movimientos financieros, lo que permite realizar transferencias entre cuentas sin que esto implique un costo tributario. Otro ejemplo lo constituyen las sociedades especializadas en pagos y depósitos electrónicos, con el fin de buscar una licencia financiera más liviana que pueda llevar servicios financieros a bajo costo a más colombianos.

Por último, recientemente se expidió el esquema de monotributo que busca, además de la formalización tributaria, facilitar las condiciones para que los pequeños comercios adopten de manera más sencilla la aceptación de pagos digitales¹⁰. En la actualidad, la Unidad de Proyección Normativa y Estudios de Regulación Financiera (URF) adelanta un estudio de los sistemas de pago de bajo valor, con la finalidad de identificar barreras e iniciativas que permitan su modernización y la creación de un ecosistema digital que permita la reducción de costo en las operaciones financieras.

En conclusión, ha sido una constante preocupación del Legislativo y el Gobierno nacional encaminar una serie de medidas normativas en busca de mejorar el acceso de más colombianos a los servicios financieros a bajo costo. Así, cuando un ciudadano puede realizar transferencias electrónicas sin necesidad de dirigirse a una oficina para el retiro o consignación en efectivo, se está hablando de un ambiente dentro de un ecosistema digital en donde se abaratan los costos para las entidades financieras de cara a los ciudadanos.

En ese sentido, todas las medidas dirigidas a generar ecosistemas digitales e incentivar el uso del dinero de manera electrónica tienen un efecto más claro en la reducción de costos y en la mejora de la experiencia del cliente para el usuario final, que el establecimiento de restricciones para la fijación de tarifas de los servicios y productos, como lo pretende el proyecto del asunto; escenario sobre el cual deben encaminarse las iniciativas legislativas que tengan por preocupación proteger al usuario del sistema financiero.

Finalmente, el artículo 3 de la iniciativa establece que *“(…) En ningún caso los establecimientos de crédito podrán realizar cobros por las operaciones fallidas en cajeros electrónicos”*. Al respecto, cabe señalar que el Gobierno nacional expidió el Decreto 4809 de 2011, a través del cual se establecen una serie de normas y principios que deben observarse para la fijación, difusión y publicidad de las tarifas y precios de los productos y servicios financieros. En dicho Decreto, se instauró de manera expresa que los establecimientos de crédito no podrán cobrar ninguna tarifa al consumidor financiero, cuando este no reciba el servicio financiero demandado, siempre y cuando sea ajeno a la voluntad del mismo, así:

“Artículo 2.35.4.2.3. Operaciones fallidas. Cuando en una operación el consumidor no reciba el servicio que demandó, por razones que no le sean atribuibles, los establecimientos de crédito no podrán cobrar ninguna tarifa a los consumidores”.

De acuerdo con lo anterior, la normativa del sector ya incluye una regulación general sobre la materia, en la cual los establecimientos de crédito no pueden cobrar por operaciones fallidas en los cajeros electrónicos y, en esa medida, se considera inconveniente su inclusión en el proyecto de ley.

⁸ (CE 029 de 2014).

⁹ Circular Externa 023 del 12 de julio de 2016.

¹⁰ Ley 1819 de 2016 “por medio de la cual se adopta una reforma tributaria estructural, se fortalecen los mecanismos para la lucha contra la evasión y la elusión fiscal, y se dictan otras disposiciones”.

Por último, es evidente que el proyecto de ley adolece de un análisis integral frente a los productos financieros por el pago de la cuota de manejo de las tarjetas débito y crédito y las posibles implicaciones de su adopción, así como la atención de las políticas que actualmente se aplican en busca de la promoción, acceso y transparencia en la fijación de tarifas, paquetes de servicios básicos asociados a las cuentas de ahorro o depósitos, así como las medidas que buscan promocionar la adopción de pagos digitales.

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

Cordial saludo,



LUIS ALBERTO RODRÍGUEZ OSPINO
Viceministro Técnico
JCPA/AAPP/GRUPO
URF

Con copia a:

H. S. David Alejandro Barguil Assís - Autor / Ponente

H. S. Juan Diego Gómez - Autor

H. S. Nora María García Burgos - Autor

H. S. Efraín José Cepeda Sarabia - Autor

H. S. Myriam Alicia Paredes Aguirre - Autor

H. S. Juan Carlos García Gómez - Autor

H. S. Carlos Eduardo Enríquez Maya - Autor

H. S. Miguel Ángel Barreto Castillo - Autor

H. R. Jaime Felipe Lozada Polanco - Autor

H. R. Yamil Hernando Arana Padauí - Autor

H. R. Adriana Magali Matiz Vargas - Autor

Dr. Gregorio Eljach Pacheco, Secretario General del Senado de la República, para que obre en el expediente.

CONCEPTO JURÍDICO DE LA AUTORIDAD NACIONAL DE TELEVISIÓN AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 152 SENADO DE 2018

por la cual se moderniza el sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC), se distribuyen competencias, se suprime la Autoridad Nacional de Televisión, y se dictan otras disposiciones.

Bogotá, D. C., 28 de noviembre de 2018

Doctor

ERNESTO MACÍAS TOVAR

Presidente

Senado de la República de Colombia

Carrera 7ª N° 8-68

Ciudad

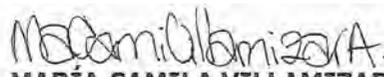
Asunto: Comentarios al Proyecto de ley número 152 Senado 2018.

Honorable Senador:

Adjunto para su conocimiento mi respuesta al requerimiento que el presidente de la Comisión Sexta de Senado, Antonio Zabaraín, me hizo en mi calidad de miembro de la Junta de la Autoridad Nacional de Televisión (ANTV), sobre el proyecto de ley número 152 Senado 2018.

Gracias por su atención y quedo atenta a cualquier requerimiento.

Cordial saludo,



MARÍA CAMILA VILLAMIZAR ASSAF
Miembro de la Junta Nacional de Televisión

Bogotá, D. C., 23 de noviembre de 2018

Honorable Senador

ANTONIO LUIS ZABARAÍN GUEVARA

Congreso de la República

Ciudad

Asunto: Concepto sobre el Proyecto de ley número 152 de 2018.

Respetado Senador Zabaraín:

Reciba un cordial saludo.

En atención a su comunicación del 24 de octubre de 2018, me permito presentar mis comentarios generales al Proyecto de ley número 152 de 2018, *por la cual se moderniza el sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) se distribuyen competencias, se suprime la Autoridad Nacional de Televisión, y se dictan otras disposiciones*, radicado por la Ministra de Tecnologías de la información y las Comunicaciones, doctora Sylvia Constaín.

Quiero, en primer lugar, agradecerle su comunicación y la oportunidad de exponerle mis comentarios y preocupaciones, siendo parte de esta discusión democrática y constructiva en la búsqueda de una institucionalidad moderna.

El sector de Tecnologías de la información y las Comunicaciones es un sector que, por su naturaleza, avanza a una velocidad mucho más acelerada que los demás y, en consecuencia, los tiempos en que se evalúan y modifican las políticas públicas y las leyes que las plasman y ejecutan no se acompañan con el dinamismo tecnológico.

Por eso celebro y considero fundamental este importante proceso para actualizar el ordenamiento jurídico-institucional de conformidad con la realidad actual del sector, incluyendo un regulador único e independiente, como lo han recomendado los organismos internacionales.

En este sentido, y atendiendo su comunicación, me permito presentar los siguientes comentarios, con el exclusivo fin de aportar a la discusión y enriquecer el debate, de manera que el proyecto presentado por el Gobierno nacional pueda resultar en una Ley que responda a las necesidades sectoriales:

1. Regulador único y servicios audiovisuales

Señala el proyecto en su exposición de motivos, que la CRC se convertirá en un regulador único e independiente encargado de promover la competencia en los mercados de las redes y los servicios de telecomunicaciones, incluidos los servicios de televisión abierta radiodifundida y de radiodifusión sonora, así como el sector postal, promover el pluralismo informativo, evitar el abuso de posición dominante, regular los mercados de las redes y los servicios de comunicaciones y garantizar la protección de los derechos de los usuarios, con el fin de que la prestación de los servicios sea económicamente eficiente, y refleje altos niveles de calidad.

Al respecto, debe decirse que, en materia de reguladores de telecomunicaciones, en el mundo se evidencian dos modelos. El primero de ellos adopta un regulador único de redes y servicios de telecomunicaciones, incluyendo los servicios de comunicación audiovisual, tanto lineales

como no lineales o por demanda, partiendo de la premisa según la cual la convergencia de redes y servicios exige una visión regulatoria que promueva la competencia pero dé cuenta, al hacerlo, de la realidad convergente y de la consistencia que la convergencia requiere en las actuaciones del Estado.

El otro modelo establece un regulador para las redes y servicios de telecomunicaciones, pero adopta también un regulador para los servicios audiovisuales, en razón a que, en este caso, no solo la libre competencia en el transporte de señales constituye un fin relevante, sino que la naturaleza del servicio audiovisual y su impacto en la sociedad hacen necesario promover y proteger, a través de un órgano especializado en materia audiovisual, aspectos cruciales para el bienestar y desarrollo de la sociedad: la formación libre de opinión, el ejercicio de los derechos fundamentales a la libertad de expresión, de información, y de fundar medios masivos de comunicación, el pluralismo informativo, la protección y voz de las minorías, de grupos tradicionalmente marginados, y de los menores de edad, la identidad cultural regional y local, etc.

Existen ejemplos de muchos países en el mundo cuyo parlamento ha adoptado el segundo modelo en reconocimiento del hecho de que, si bien la libre competencia entre proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones es un aspecto de trascendental importancia, los valores y principios democráticos que los servicios audiovisuales protegen y promueven, ameritan la existencia de un regulador audiovisual experto en la materia, experticia que el regulador de redes no necesariamente tiene y de la que, ciertamente, a menudo carece, como lo revela el hecho de que la Ley 1341 de 2009, que actualmente establece los requisitos para ser experto comisionado de la Comisión de Regulación de Comunicaciones CRC, no prevé ni admite profesiones distintas a abogado, economista o ingeniero, ni exige entre la experiencia a demostrarse, la relacionada con servicios o contenidos audiovisuales. Lo propio, dicho sea de paso, ocurre con el proyecto que el Gobierno nacional ha presentado al Congreso de la República.

Entre los países que actualmente cuentan con autoridades reguladoras audiovisuales están Francia¹, Bélgica², Alemania³, Chipre⁴, República Checa⁵,

Dinamarca⁶, Croacia⁷, Grecia⁸, Irlanda⁹, Letonia¹⁰, Lituania¹¹, Luxemburgo¹², Malta¹³, Polonia¹⁴, Portugal¹⁵, Rumania¹⁶,

Eslovaquia¹⁷, Suecia¹⁸, Holanda¹⁹, Islandia²⁰, Noruega²¹, Turquía²², Albania²³, Macedonia²⁴, Montenegro²⁵, Serbia²⁶, Nueva Zelanda²⁷, Nigeria²⁸, Brasil²⁹, Chile³⁰, Perú³¹ y Costa Rica³², lo que evidencia que el de regulador único no es el modelo único institucional ni el más relevante.

La protección de los valores democráticos asociados a los servicios de televisión, por lo demás, fue el elemento fundante para que el Congreso de la República, no obstante su decisión de ordenar la liquidación de la anterior Comisión Nacional de Televisión (CNTV), decidiera crear la Autoridad Nacional de Televisión, como puede leerse en el informe de ponencia para primer debate del proyecto que se convertiría en la Ley 1507 de 2012:

“1. Creación de la Agencia Nacional de Televisión ANTV

El texto propuesto para primer debate define una estructura independiente, que regularía los contenidos y definiría los criterios y condiciones para que aquel otorgue concesiones de televisión, todo con el fin de garantizar hacia el futuro el acceso igualitario al espectro radioeléctrico para los servicios de televisión, la libertad de expresión, y el pluralismo informativo, a la vez que comportaría el ahorro de aproximadamente 38.000 millones de pesos, equivalente a los costos de funcionamiento de la actual Comisión Nacional de Televisión.

Tal estructura está representada en el proyecto presentado por la Agencia Nacional de Televisión,

¹ Conseil Supérieur de l'Audiovisuel (CSA)

² Conseil Supérieur de l'Audiovisuel de la Fédération Wallonie-Bruxelles; Vlaamse Regulator voor de Media; y Conseil des Médias de la Communauté Germanophone

³ Die Medienanstalten - The Media Authorities (Association of the 14 regional Media Authorities), que integra a: BLM- Bayerische Landeszentrale für neue Medien, Bremische Landesmedienanstalt, LfK - Landesanstalt für Kommunikation Baden-Württemberg, Landesanstalt für Medien NRW, LMS-Landesmedienanstalt Saarland, LPR - Hessische Landesanstalt für privaten Rundfunk und neue Medien, LMK - Landeszentrale für private Rundfunkveranstalter Rheinland-Pfalz, LRZ - Landesrundfunkzentrale Mecklenburg-Vorpommern, MABB- Medienanstalt Berlin-Brandenburg, Medienanstalt Hamburg-Schleswig-Holstein (MA HSH), MSA - Medienanstalt Sachsen-Anhalt, NLM- Niedersächsische Landesmedienanstalt, SLM- Sächsische Landesanstalt für privaten Rundfunk und neue Medien, TLM - Thüringer Landesmedienanstalt.

⁴ Cyprus Radio-Television Authority

⁵ Council for Radio and Television Broadcasting (Rada pro Rozhlasové a Televizní Vysílání)

⁶ Radio and Television Board c/o Danish Agency for Culture, Media Division.

⁷ Agencija za Elektronicke Medije

⁸ National Council for Radio and Television

⁹

¹⁰ National Electronic Mass Media Council NEPLP

¹¹ Radio and Television Commission of Lithuania - LRTK (Lietuvos Radijo ir Televizijos Komisija)

¹² Autorité Luxembourgeoise indépendante de l'audiovisuel (ALIA)

¹³ Malta Broadcasting Authority

¹⁴ National Broadcasting Council (Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji - KRRiT)

¹⁵ ERC - Entidade Reguladora para a Comunicação Social

¹⁶ National Audiovisual Council (Consiliul National al Audiovizualului)

¹⁷ Council for Broadcasting and Retransmission of the Slovak Republic (Rada pre vysielanie a retransmisii)

¹⁸ The Swedish Press and Broadcasting Authority

¹⁹ Commissariaat voor de Media

²⁰ Fjölmiðlanefnd / Medienämnden / Media Commission

²¹ Medietilsynet/ Norwegian Media Authority

²² Radio and Television Supreme Council

²³ Audiovisual Media Authority - AMA

²⁴ Agency for Audio and Audiovisual Media

²⁵ Agency for Electronic Media of Montenegro

²⁶ Regulatory Authority of Electronic Media - REM

²⁷ Broadcasting Standards Authority (BSA)

²⁸ National Broadcasting Commission (NBC)

²⁹ Agencia Nacional de Cine y Televisión ANCINE

³⁰ Consejo Nacional de Televisión CNTV

³¹ Consejo Consultivo de Radio y Televisión - CONCERTV

³² Sistema Nacional de Radio y Televisión - SINART

ANTV, definida como una Agencia Nacional Estatal de Naturaleza Especial, del Orden Nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonial, presupuestal y técnica, la cual formará parte del sector de las Tecnologías de la información y las Telecomunicaciones.

Los ponentes consideran, a este respecto, que si bien tiene razón el Gobierno nacional en buscar la garantía del acceso igualitario al espectro, la libertad de expresión, y el pluralismo informativo, **el peso que tienen tales elementos en la Constitución Política, en el sistema democrático y en el Estado Social de Derecho, hace necesario el fortalecimiento del proyecto en este aspecto, además de que el derecho a una información veraz e imparcial, así como la libertad de expresión a través de la televisión, quedan mejor protegidos a través de un ente con mayor independencia frente al Gobierno de turno.**

En efecto, **el hecho de que, por los motivos que inspiraron el Acto Legislativo 02 de 2011, y en especial por el fenómeno de la convergencia, se haya eliminado de la Constitución Política la Comisión Nacional de Televisión como el órgano autónomo al que se referían los artículos 76 y 77 de la Carta, no implica que hayan desaparecido los motivos que condujeron al Constituyente de 1991 a su creación como un ente orgánica y funcionalmente autónomo, y que son expuestos por la Corte Constitucional, así:**

“La búsqueda obsesiva de un grado significativo de autonomía funcional para el ente encargado de dirigir la televisión, no es pueril o carente de toda justificación. Por el contrario, ella nace de la importancia y trascendencia de este medio de comunicación en la sociedad moderna. La televisión, sobra decirlo, ocupa un lugar central en el proceso comunicativo social. La libertad de expresión y el derecho a informar y ser informado, en una escala masiva, dependen del soporte que les brinda el medio de comunicación. La opinión pública, no es ajena a las ideas e intereses que se movilizan a través de la televisión. Por consiguiente, el tamaño y la profundidad de la democracia, en cierta medida resultan afectados por la libertad de acceso y el pluralismo que caracterice a la televisión y ellas, sin lugar a dudas, pueden resentirse cuando el medio se convierte en canal propagandístico de la mayoría política o, más grave aún, de los grupos económicos dominantes. En otro campo, la televisión despliega efectos positivos o negativos, según sea su manejo, para la conservación y difusión de las diferentes culturas que convergen en una sociedad compleja.

Los efectos de las políticas y regulaciones en esta materia, unido al poder que envuelve la intervención en el principal y más penetrante medio de comunicación social, exige que su manejo se guíe en todo momento por el más alto interés público y que ningún sector o grupo por sí solo, así disponga de la mayoría electoral, pueda controlarlo directa o indirectamente.

La autonomía del ente televisivo, en suma, asume el carácter de garantía funcional e institucional del conjunto de derechos y libertades fundamentales relacionados con la existencia y fortalecimiento del principio democrático, la formación de una opinión pública libre, la fluidez y profundidad de los procesos comunicativos sociales, la creación, intercambio y divulgación de ideas, la conservación de las diferentes identidades culturales etc.

El legislador no puede desvirtuar y anular esta garantía, sin poner en peligro el concierto de libertades y principios que protege. Si el ente de dirección de la televisión es cooptado por uno de los subsistemas de la

sociedad –en este caso, el de sus líderes políticos– existe una alta probabilidad de que su poder se incremente irrazonablemente, a expensas del beneficio general que dicho medio está llamado a servir a la sociedad y a sus distintos componentes e intereses vitales. Inclusive, desde el punto de vista de la competencia política, no es equitativo y petrifica el elenco de opciones, que la televisión deje de ser un bien o recurso social y se convierta en activo cuasi-patrimonial de la mayoría política que en cada momento histórico resulte triunfante.

La autonomía de la Comisión Nacional de Televisión no es pues, un simple rasgo fisonómico de una entidad pública descentralizada. En dicha autonomía se cifra un verdadero derecho social a que la televisión no sea controlada por ningún grupo político o económico y, por el contrario, **se conserve siempre como un bien social, de modo que su inmenso poder sea el instrumento, sustrato y soporte de las libertades públicas, la democracia, el pluralismo y las culturas.**

Alaluz de las premisas anteriores, resulta comprensible el afán del Constituyente de que la televisión, orgánica y funcionalmente, no fuera controlada por el “Gobierno de turno”. El propósito institucional que subyace a esta cautela, naturalmente se extiende a las mayorías políticas episódicamente favorecidas en las urnas, ya que de lo contrario el fin buscado sería inalcanzable. No se trata de reducir el alcance de la democracia, sino de vigorizarla, manteniéndola como proceso abierto, para lo cual es indispensable sustraer determinados bienes e instrumentos sociales de la contienda política y de su eventual desenlace, los cuales deben conservar su impronta de neutralidad, si en verdad se quiere estimular un debate público fecundo y pluralista.

La democracia no puede traducirse a un juego de suma cero, que confiera al vencedor todo el poder sobre el Estado y sus instituciones. Basta a este respecto recordar que el artículo 114 de la C. P., distingue lo que es “Gobierno” de lo que es “administración”, como reiteradamente lo ha sostenido la Corte y que esta última, regida por las reglas de la carrera administrativa, no es objeto disponible de la política electoral. De otro lado, aún los partidos y movimientos políticos derrotados, no pierden por ese hecho su acceso a los medios de comunicación social del Estado (C. P., artículo 112).

En este mismo orden de ideas, no es incompatible con el principio democrático, que el organismo de intervención en la televisión, dada su anotada y necesaria autonomía, se sustraiga a los objetivos y resultados de la contienda política. La televisión y su manejo, al adoptar cierta distancia de los avatares y vicisitudes políticas, sirven mejor a la política si persiste en su función de bien social constitutivo del foro público. En todo caso, la renovación periódica de los miembros de la junta directiva de la Comisión Nacional de Televisión, evita el anquilosamiento de sus orientaciones y alienta la incorporación y articulación de nuevos intereses e ideas, sin el riesgo derivado de otros esquemas que pueden supeditarla enteramente a la variable política”³³.

En relación con el pluralismo informativo a que hace referencia el artículo 75 de la Constitución, ha señalado la Corte:

“En ejercicio de su potestad para intervenir el espectro electromagnético utilizado para los servicios de televisión, el legislador está facultado constitucionalmente para establecer los mecanismos encaminados a determinar la forma de fundar y

³³ Corte Constitucional Sentencia C-497 de 1995.

desarrollar los medios masivos de comunicación que utilicen el servicio de televisión, así como para imponer las restricciones que sean necesarias para alcanzar los fines propios de dicho servicio. Uno de esos objetivos es asegurar el pluralismo informativo, el cual se manifiesta en la existencia y coexistencia de distintos operadores de televisión que puedan llevar a los usuarios diferentes contenidos que sean reflejo de la realidad circundante, así como en la multiplicidad de puntos de vista en los contenidos de los medios de comunicación ya sea en términos políticos, étnicos, religiosos, culturales, etc., de modo que la inmensa variedad de realidades sociales encuentre su lugar y representación en los medios de comunicación”³⁴.

El pluralismo informativo, además, está íntimamente ligado al derecho a una información veraz e imparcial, según lo ha señalado la misma Corte:

“9. La Corte comienza por destacar que la norma impugnada restringe una libertad económica para asegurar el pluralismo en la televisión y proteger así el derecho a la información de los ciudadanos. Es pues una tensión entre las libertades patrimoniales y el derecho fundamental a la información, que la ley la resuelve en favor del pluralismo informativo, perspectiva que se ajusta a los valores y principios constitucionales, debido no solo al carácter fundamental del derecho a la información sino a la importancia del pluralismo en la democracia. Por ello, esta Corte ya había señalado con claridad que “ante la colisión de un derecho fundamental como la libertad de expresión o el derecho a informar, con un derecho pecuniario como el que se deriva de la propiedad de los derechos de transmisión de un determinado espectáculo, prevalecen, desde luego los primeros en tanto derechos fundamentales”. Y es que, desde sus primeras decisiones, esta Corporación ha insistido en que “la libertad de expresión ocupa una posición preferente como medio de formación de la opinión pública”, por lo cual es natural que tienda a prevalecer sobre derechos patrimoniales que buscan proteger intereses económicos individuales”³⁵.

(...)

De otra parte, si bien es encomiable el interés del Gobierno de reducir los costos asociados al funcionamiento actual de la CNTV, pesan más los valores constitucionales que deben ser objeto de protección a favor de la sociedad, que el ahorro previsto, máxime cuando la reducción de las funciones de la nueva autoridad comporta una reducción sustancial de sus costos de funcionamiento, en comparación con los que exige una estructura funcional como la de la actual CNTV.

Las anteriores consideraciones evidencian la necesidad de otorgar mayores garantías institucionales y orgánicas al ente que regulará aspectos tan sensibles al aparato democrático, y es así como el pliego de modificaciones crea la Agencia Nacional de Televisión ANTV como una Agencia Nacional Estatal de Naturaleza Especial, del Orden Nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonial, presupuestal y técnica, la cual formará parte del sector de las Tecnologías de la Información y las Telecomunicaciones.

Tal Agencia, sin replicar la magnitud de la Comisión Nacional de Televisión, estará orgánicamente estructurada para proteger los valores constitucionales

mencionados, sin necesidad de depender jurídica ni materialmente del Gobierno de turno” (NFT).

Como puede verse, la creación de la ANTV, si se quiere con los defectos que pueda tener, no fue fruto del azar ni del capricho del legislador, sino producto de la importancia que este le otorgó a la figura del regulador audiovisual como mecanismo institucional para proteger y promover valores y principios tan caros a la democracia, según lo ha expuesto la propia Corte Constitucional.

En el contexto descrito, aunque no objeto, en sí mismo, el modelo de regulador único presentado en el proyecto, me parece importante poner de presente que ese modelo no es el actual paradigma de modelos institucionales de regulación en el mundo, ni es el único modelo institucional de regulación adoptado a nivel internacional, ni mucho menos el modelo preferido o preferible. Pienso, en consecuencia, que los honorables Congresistas deben contar con información suficiente que les permita debatir y votar el proyecto de manera ilustrada, sin partir de preconcepciones ni de premisas que no corresponden —o corresponden solo parcialmente— a la realidad sectorial.

Por ende, en este punto debe existir un debate amplio acerca del modelo institucional que mejor se corresponda con todos los fines en juego en el contexto colombiano, que no se limitan a la promoción de la libre competencia, sino que involucran aspectos esenciales en cualquier democracia legítima, como lo es la forma más óptima de proteger la formación libre de opinión, el ejercicio de los derechos fundamentales a la libertad de expresión, de información, y de fundar medios masivos de comunicación, el pluralismo informativo, la protección y voz de las minorías, de grupos tradicionalmente marginados, y de los menores de edad, la identidad cultural regional y local, entre otros.

Si se ha de adoptar el modelo de regulador único, que así sea, pero que se haga por motivos que correspondan a la realidad, y después de una discusión civilizada y a conciencia por parte de los honorables Congresistas, con amplia participación del Gobierno nacional y de los demás agentes, y sin que la voz discrepante sea objeto de vilipendios, insultos o ataques.

2. Regulador único, licenciamiento y espectro radioeléctrico

De otra parte, debo señalar que el modelo institucional que refleja el proyecto de ley que se comenta, no corresponde a lo que internacionalmente se conoce como un “regulador único” o “regulador convergente”. En efecto, no existe en la experiencia internacional un caso en el que exista un regulador único y carezca de competencias en materia de entrada al mercado (licenciamiento) y regulación del espectro radioeléctrico, aspectos de la mayor importancia para promover la competencia en los mercados, el primero, porque de las condiciones de otorgamiento de licencias y concesiones depende la entrada de nuevos competidores, y el segundo porque las condiciones en que se otorguen permisos para el uso del espectro radioeléctrico juegan un papel cada vez más relevante en el poder de mercado de los operadores y las presiones competitivas que pueden generarse entre ellos.

Así, allí donde se ha adoptado el modelo de regulador único de telecomunicaciones, el órgano regulador tiene a su cargo no solo la competencia para disciplinar la conducta de los agentes del mercado, sino que tiene a su cargo el licenciamiento de operadores y la regulación del espectro radioeléctrico, como lo muestran casos como el

³⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-654 de 2003.

³⁵ Corte Constitucional Sentencia C-333 de 1999.

de Estado Unidos (FCC), Corea del Sur (KCC), México (IFT), Eslovenia (AKOS), Suráfrica (ICASA), Canadá (CRTC), Hong Kong (CA), Argelia (ARPT), Taiwán (NCC), Bosnia and Herzegovina (CRA), Finlandia (FICORA), Australia (ACMA), Reino Unido (OFCOM); Burundi (ARCT), Armenia (PSRC), Bahamas (URCA), Argentina (ENACOM), Bulgaria (CRC), Estonia (ETRA), Guatemala (SIT), y Singapur (IMDA), entre otros.

El modelo que el proyecto del Gobierno nacional presenta como de regulador único, sin embargo, no es tal, como quiera que mantiene en el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (Mintic) la función de otorgar concesiones de televisión, y asignar permisos para uso del espectro radioeléctrico y regular las condiciones en que se asigna y se usa dicho recurso público, aspecto esencial para la promoción de la competencia en el mercado.

De nuevo, no disputo, en sí mismo, el hecho de que el MINTIC quiera conservar sus funciones en materia de espectro. Lo que encuentro un contrasentido, es que se presente un proyecto de regulador convergente – como excusa para ordenar la supresión y liquidación de la ANTV–, y se haga en contravía de lo que refleja la experiencia internacional en materia de reguladores convergentes.

Si el honorable Congreso de la República decide que es importante mantener en el MINTIC la regulación del espectro radioeléctrico, aunque las funciones de regulación de mercado se centren en otra entidad, ello es una opción respetable de política pública. Pero que lo haga con pleno conocimiento de que ello no se corresponde con el modelo de regulador único bajo el cual fue presentado el proyecto a su consideración. Es claro que un asunto de tal calado debería ser objeto del más amplio estudio y discusión, en la que todos los actores relevantes puedan exponer sus consideraciones acerca de mantener las funciones de regulación de espectro en una entidad de naturaleza política como es el MINTIC, o transferirlas a una entidad de carácter técnico como es la CRC.

3. Un regulador independiente

Como se ha señalado, el proyecto no solo propone un regulador único sino un regulador **independiente**, propósito con el que coincido y en el que aplaudo al Gobierno nacional, porque solo un regulador independiente, ajeno a los gobiernos de turno y a las prioridades que fija la siempre variable agenda política del momento, puede garantizar que se cumplan los fines constitucionales y legales asociados a la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones.

No puedo, sin embargo, compartir la premisa sugerida en el proyecto, según la cual el cambio en la naturaleza y composición de la entidad le confiere mayor independencia frente al Gobierno. Hoy en día, la CRC es una unidad administrativa especial sin personería jurídica, adscrita al MINTIC, y como tal, forma parte del sector central de la Administración. El Ministro de las TIC y el Director del DNP hacen parte de la entidad, y los 3 expertos comisionados son designados por el Presidente de la República, para períodos fijos de 4 años, sin ser funcionarios de libre nombramiento y remoción. Sus decisiones se adoptan por mayoría.

En el proyecto, la entidad adquiere personería jurídica, pasa a ser parte del sector descentralizado por servicios y estará conformado por 5 (no 3) expertos comisionados igualmente designados por el Presidente de la República, para períodos fijos de 4 años, sin ser funcionarios de libre

nombramiento y remoción. Sus decisiones se adoptarán, igualmente, por mayoría. Es claro que el hecho de que la entidad sea en adelante descentralizada, no suma en cuanto a la independencia frente al Gobierno en la toma de decisiones, y de hecho resta, si se considera que al menos la ANTV no hace parte de la rama ejecutiva del poder público, mientras que la CRC, bajo el nuevo diseño, continuaría siendo una entidad perteneciente al Gobierno nacional.

El hecho de que se disponga que no estará sujeta a control jerárquico ni de tutela alguno es también irrelevante: si no lo dijera, no estaría sujeta a control jerárquico porque carece de superior jerárquico que pueda revocar sus decisiones, y el control de tutela seguirá existiendo de facto, en tanto este se materializa en el control sobre el presupuesto de la entidad, que debe someterse a los trámites y aprobaciones señalados en la ley orgánica de presupuesto, y que a nivel gubernamental se centran en el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y el Departamento Nacional de Planeación Nacional, que fijan topes al presupuesto de gastos de funcionamiento e inversión de cada sector administrativo, antes de presentar al Congreso el Proyecto de ley anual de presupuesto.

Téngase presente que, en efecto, el artículo 82 de la Ley 489 de 1998 establece que las unidades administrativas especiales, incluidas aquellas con personería jurídica, se sujetan al régimen jurídico contenido en la ley que las crea “y en lo no previsto por ella, al de los establecimientos públicos”. En consecuencia, el presupuesto de la CRC seguirá haciendo parte del Presupuesto General de la Nación, y por ende los montos de gastos de funcionamiento e inversión para cada año continuarán sujetos a aprobación previa del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y del Departamento Administrativo de Planeación Nacional, en el trámite de la respectiva ley anual de presupuesto, lo cual ha sido considerado por la OCDE³⁶ como una situación que resta independencia real al regulador, pese a que, en teoría, el proyecto se presenta en cumplimiento de las recomendaciones de independencia de ese organismo.

De otra parte, resulta preocupante que el proyecto presentado por la Ministra Constaín tenga por objeto la remoción de dos (2) de los actuales expertos comisionados de la CRC, designados por el Gobierno anterior para un período fijo de 4 años, de manera que el Gobierno actual pueda reemplazarlos una vez expedida la ley. En efecto, dispone el numeral 1 del párrafo transitorio que incorpora el artículo 17 del proyecto, que solamente se mantendrá en su cargo hasta la finalización de su respectivo período el actual Comisionado de la CRC que haya tomado posesión de manera más reciente a la entrada en vigencia de la presente ley, pero que los dos (2) Comisionados actuales restantes solo ejercerán su cargo hasta que tomen posesión los Comisionados designados por el Presidente de la República, de conformidad con lo dispuesto en los numerales 2) y 3) del mencionado párrafo. Algo parecido sucede con la ANTV.

Es evidente que, aprobada la ley en esos términos, el actual Gobierno designará a 4 de los 5 expertos comisionados que conformarán la nueva CRC, por lo que causa perplejidad que en la exposición de motivos se advierta que las reglas especiales aplicables a la primera conformación de la CRC *buscan mantener un balance*

³⁶ Véase, por ejemplo, OECD. Creating a Culture of Independence, Practical Guidance against Undue Influence, (2017).

durante la fase de transición, en su primera composición, para preservar la mayor autonomía de la Comisión.

No se entiende, ciertamente, bajo qué lectura de la realidad el hecho de que la ley remueva a 2 de los actuales comisionados de la CRC (nombrados por el Gobierno anterior), de manera que el actual Gobierno pueda designar a 4 de los 5 expertos comisionados de la nueva CRC, permite “preservar la mayor autonomía de la Comisión” frente al Gobierno, máxime si se tiene en cuenta que el numeral 6 del párrafo transitorio prohíbe a la CRC sesionar y decidir antes de que se encuentren en ejercicio de sus funciones por lo menos tres (3) de los Comisionados nombrados bajo las reglas especiales (dos de los cuales se nombrarían por el nuevo Gobierno), decisión que tendría como efecto inmovilizar a la entidad mientras el nuevo Gobierno reemplaza a los comisionados a remover.

Ignoro los motivos –que no aparecen en la exposición de motivos del proyecto– que llevan a la Ministra Constaín a solicitarle al Congreso remover de sus cargos a los actuales comisionados, de período fijo de 4 años, y no pueden ser libremente removidos por el Presidente, ignoro también los motivos que llevan a solicitar al Congreso la remoción de unos comisionados, pero no otros, y a qué obedece esa extraña diferenciación. Pero, en cualquier caso, no resulta alentador que el mismo proyecto que dice fortalecer la independencia del regulador frente al Gobierno, persiga remover a la mayoría de expertos de la actual comisión, nombrados por el Gobierno anterior, para en su lugar reemplazarlos por funcionarios designados por el nuevo Gobierno.

Invito entonces a los honorables Congresistas a que profundicen en este aspecto, y discutan públicamente las razones, finalidades, constitucionalidad y afinidad con el interés general, de una propuesta tal.

4. El MINTIC y el otorgamiento de concesiones de televisión

El artículo 2° del proyecto, que modifica el párrafo del artículo 1° de la Ley 1341 de 2009, es claro en señalar que el servicio de televisión abierta radiodifundida continuará rigiéndose por las normas especiales pertinentes, en particular la Ley 182 de 1995, la Ley 335 de 1995, la Ley 680 de 2001 y demás normas que las modifiquen, adicionen o sustituyan, que regulan lo relativo, tanto a las concesiones de servicios de televisión abierta, como a las concesiones de espacios en el canal público de operación comercial.

De hecho, el artículo 7° del proyecto, que modifica el artículo 10 de la Ley 1341, dispone que, en materia de habilitación, el servicio de televisión abierta radiodifundida continuará rigiéndose por las normas especiales pertinentes, en particular la Ley 182 de 1995, la Ley 335 de 1996, la Ley 680 de 2001, y demás normas que las modifiquen, adicionen o sustituyan.

Actualmente, en virtud de lo previsto en la Ley 1507 de 2012, corresponde a la ANTV otorgar o prorrogar dichas concesiones y, como se dejó arriba descrito, esa fue la opción del legislador en tanto se consideró que el peso que en la Constitución Política, en el sistema democrático y en el Estado Social de Derecho, tienen el principio del acceso igualitario al espectro, la libertad de expresión, el pluralismo informativo, el derecho a una información veraz e imparcial, así como la libertad de expresión a través de la televisión, hacía necesario el fortalecimiento de su protección a través de un ente con mayor independencia frente al Gobierno de turno.

Sin embargo, el proyecto, en su artículo 14, transfiere dicha función, no a la CRC como regulador “independiente” del Gobierno, sino al MINTIC, quien en adelante podrá reglamentar el otorgamiento y prórroga de las concesiones para la operación del servicio, los contratos de concesión de espacios de televisión y los contratos de cesión de derechos de emisión, producción y coproducción de los programas de televisión, así como los requisitos de las licitaciones, contratos y licencias para acceder al servicio, y el régimen sancionatorio aplicable a los concesionarios, operadores y contratistas de televisión, de conformidad con las normas previstas en la ley y en los reglamentos; fijar las tarifas, tasas y derechos, asociados a la concesión, a que se refiere la Ley 182 de 1995; asignar las concesiones para la operación del servicio público de televisión, así como adjudicar y celebrar los contratos de concesión de espacios de televisión; y aprobar y suscribir antes de su vencimiento, la prórroga de los contratos de concesión de espacios de televisión abierta de RTVC.

No niego –y mal haría– que en las sociedades se producen cambios sociales, culturales, económicos y políticos, que a su turno promueven cambios institucionales de gran magnitud. Pero lo mínimo que debe discutir el Congreso de la República, ante el cambio propuesto por la Ministra Constaín, es cuáles han sido los cambios sociales, culturales, económicos y políticos de gran calado, que lleven a una involución, a un retroceso tal que se sitúe la televisión en Colombia en manos del Gobierno de turno, como ocurría antes de la Constitución Política de 1991.

Debo advertir que no albergó la más mínima duda acerca de la transparencia, rectitud y objetividad con que el actual Gobierno manejaría las concesiones de televisión en Colombia, y el acceso igualitario al espectro radioeléctrico para este servicio. Pero a este Gobierno lo reemplazará el próximo y nada ni nadie puede garantizar que el próximo Gobierno no utilizará su poder y control sobre la televisión abierta en Colombia, como mecanismo de premio a sus seguidores o de castigo a sus opositores, como lamentablemente ha sucedido recientemente en países hermanos.

Cito entonces de nuevo a la Corte Constitucional:

“La búsqueda obsesiva de un grado significativo de autonomía funcional para el ente encargado de dirigir la televisión, no es pueril o carente de toda justificación. Por el contrario, ella nace de la importancia y trascendencia de este medio de comunicación en la sociedad moderna. La televisión, sobra decirlo, ocupa un lugar central en el proceso comunicativo social. La libertad de expresión y el derecho a informar y ser informado, en una escala masiva, dependen del soporte que les brinda el medio de comunicación. La opinión pública, no es ajena a las ideas e intereses que se movilizan a través de la televisión. Por consiguiente, el tamaño y la profundidad de la democracia, en cierta medida resultan afectados por la libertad de acceso y el pluralismo que caracterice a la televisión y ellas, sin lugar a dudas, pueden resentirse cuando el medio se convierte en canal propagandístico de la mayoría política o, más grave aún de los grupos económicos dominantes. En otro campo, la televisión despliega efectos positivos o negativos, según sea su manejo, para la conservación y difusión de las diferentes culturas que convergen en una sociedad compleja. Los efectos de las políticas y regulaciones en esta materia, unido al poder que envuelve la intervención en el principal y más penetrante medio de comunicación social, exige que su manejo se guíe en todo momento por

el más alto interés público y que ningún sector o grupo por sí solo, así disponga de la mayoría electoral, pueda controlarlo directa o indirectamente.

La autonomía del ente televisivo, en suma, asume el carácter de garantía funcional e institucional del conjunto de derechos y libertades fundamentales relacionados con la existencia y fortalecimiento del principio democrático, la formación de una opinión pública libre, la liquidez y profundidad de los procesos comunicativos sociales, la creación, intercambio y divulgación de ideas, la conservación de las diferentes identidades culturales etc.

El legislador no puede desvirtuar y anular esta garantía, sin poner en peligro el concierto de libertades y principios que protege. Si el ente de dirección de la televisión es cooptado por uno de los subsistemas de la sociedad —en este caso, el de sus líderes políticos— existe una alta probabilidad de que su poder se incremente irrazonablemente, a expensas del beneficio general que dicho medio está llamado a servir a la sociedad y a sus distintos componentes e intereses vitales. Inclusive, desde el punto de vista de la competencia política, no es equitativo y petrifica el elenco de opciones, que la televisión deje de ser un bien o recurso social y se convierta en activo cuasi-patrimonial de la mayoría política que en cada momento histórico resulte triunfante.

La autonomía de la Comisión Nacional de Televisión no es, pues, un simple rasgo fisonómico de una entidad pública descentralizada. En dicha autonomía se cifra un verdadero derecho social a que la televisión no sea controlada por ningún grupo político o económico y, por el contrario, **se conserve siempre como un bien social, de modo que su inmenso poder sea el instrumento, sustrato y soporte de las libertades públicas, la democracia, el pluralismo y las culturas.**

Ala luz de las premisas anteriores, resulta comprensible el afán del Constituyente de que la televisión, orgánica y funcionalmente, no fuera controlada por el “Gobierno de turno”. El propósito institucional que subyace a esta cautela, naturalmente se extiende a las mayorías políticas episódicamente favorecidas en las urnas, ya que de lo contrario el fin buscado sería inalcanzable. No se trata de reducir el alcance de la democracia, sino de vigorizarla, manteniéndola como proceso abierto, para lo cual es indispensable sustraer determinados bienes e instrumentos sociales de la contienda política y de su eventual desenlace, los cuales deben conservar su impronta de neutralidad, si en verdad se quiere estimular un debate público, fecundo y pluralista.

La democracia no puede traducirse a un juego de suma cero, que confiera al vencedor todo el poder sobre el Estado y sus instituciones. Basta a este respecto recordar que el artículo 114 de la C. P., distingue lo que es “Gobierno” de lo que es “administración”, como reiteradamente lo ha sostenido la Corte y que esta última, regida por las reglas de la carrera administrativa, no es objeto disponible de la política electoral. De otro lado, aún los partidos y movimientos políticos derrotados, no pierden por ese hecho su acceso a los medios de comunicación social del Estado (C. P., artículo 112).

En este mismo orden de ideas, no es incompatible con el principio democrático, que el organismo de intervención en la televisión, dada su anotada y necesaria autonomía, se sustraiga a los objetivos y resultados de la contienda política. La televisión y su manejo, al adoptar cierta distancia de los avatares y vicisitudes políticas, sirven mejor a la política si persiste en su función de bien social constitutivo del foro público. En todo caso, la renovación periódica de los miembros de la junta

directiva de la Comisión Nacional de Televisión, evita el anquilosamiento de sus orientaciones y alienta la incorporación y articulación de nuevos intereses e ideas, sin el riesgo derivado de otros esquemas que pueden supeditarla enteramente a la variable política”.³⁷

Si el Gobierno nacional considera que las preocupaciones de la Corte carecen de asidero en la realidad actual, entonces que así lo exponga ante el Honorable Congreso de la República, y que ello se debata en el seno del escenario democrático por excelencia de la sociedad contemporánea. Si los honorables Congresistas coinciden con la perspectiva del Gobierno, entonces que no duden en transferirle el control de la televisión al MINTIC. Pero si consideran que las preocupaciones expuestas por la Corte siguen siendo válidas, entonces mal podrían aprobar el proyecto, tal como fue presentado a su consideración.

En mi opinión, el hecho de que crecen en este mundo los extremismos, de izquierda y de derecha, y el hecho de que cada vez tienen mayor protagonismo los políticos, partidos y gobiernos de talante nacionalista, populista y autoritario, que no dudan en calificar a los medios de comunicación como los enemigos del pueblo, no permiten concluir que las preocupaciones de un control de la televisión por parte de los gobiernos de turno sean cosa del pasado.

Puede haber quien señale, por lo demás, que, como los contenidos audiovisuales se distribuyen también a través de las plataformas de Internet, el hecho de que el Gobierno controle la televisión no amenaza las libertades públicas, la democracia, el pluralismo y las culturas. Nada más alejado de la realidad: más de 25 años después de que el Internet llegó a nuestro país, la televisión sigue siendo el más importante medio de distribución de contenidos audiovisuales³⁸.

Y el hecho de que tales contenidos se distribuyan, además, a través de plataformas de internet, no solo no resta importancia a la forma en que el Estado regula la televisión, sino que ha despertado un nuevo debate, y es el relativo a la forma en que el Estado debe regular también la distribución de contenidos audiovisuales a través de Internet, con el fin de defender los mismos valores y principios democráticos que se protegen en materia televisiva. Prueba de ello, es la reforma de la Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual³⁹, aprobada a principios de este mes en la Unión Europea, mediante la cual se establecieron mayores obligaciones a los proveedores de servicios de comunicación audiovisual

³⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-497 de 1995.

³⁸ Nótese cómo en Estados Unidos, un país con una penetración mucho mayor del servicio de acceso a Internet que Colombia, con sustancialmente mayores velocidades de navegación, y con un ingreso per cápita que no se compara con el colombiano, la televisión lineal domina el tiempo dedicado a la visualización de los estadounidenses y está en aumento, a pesar de que la industria se enfoca en el streaming y el video bajo demanda. Véase al respecto Linear TV Dominates Time Spent Watching Video: Nielsen. Jon Lafayette, Jul 31, 2018. Disponible en:

<https://www.broadcastingcable.com/news/linear-tv-dominates-time-spent-watching-video-nielsen>

³⁹ Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2010, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual.

por demanda⁴⁰, se adoptó la definición del “Servicio de Plataforma de Compartición de Vídeos⁴¹, y se incorporó un capítulo entero de disposiciones aplicables a tal tipo de servicios. Ello revela que más internet significa una mayor aproximación regulatoria y no que la televisión y su control estatal no importe o deba dejarse al garete.

Llama la atención, por lo demás, que a nivel internacional se debata y regule la forma y condiciones en que los proveedores de Internet distribuyen contenidos audiovisuales, y en cambio el proyecto guarde silencio al respecto.

5. La financiación de la televisión pública

El proyecto propone la creación de un fondo único, mediante el cual se integran el FONTIC y FONTV, según lo establecido en el artículo 21 de la iniciativa en estudio. De manera positiva el inciso 3° de dicho artículo busca garantizar la sostenibilidad de la televisión pública, asignándole un mínimo de recursos para los próximos años⁴². Me parece importante, no obstante, profundizar en el debate, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

En primer lugar, la propuesta de un fondo único es contraria al estudio realizado por el Departamento Nacional de Planeación (DNP), “Esquema de financiación para el sector TIC y audiovisual en el marco de la convergencia tecnológica y de mercado”, según el cual “7 de los países estudiados cuentan con un fondo para promover el servicio universal y también con un fondo para fomentar el desarrollo de contenidos”⁴³

⁴⁰ La reforma; a) nivela el campo de juego entre todos los operadores para proteger a los espectadores, independientemente del servicio que proporcionan y la plataforma que utilizan. Esto significa que los usuarios obtendrán igual protección si están viendo una película en la televisión tradicional o a través de un servicio por demanda. Además, se mejora la protección de los menores y de todos los usuarios frente a contenido violento o dañino, así como frente al discurso de odio, mediante la introducción de una responsabilidad clara sobre las plataformas de video compartido; b) aumenta la diversidad cultural y promueve el contenido europeo, ya que los proveedores de servicios de medios audiovisuales por demanda deberán garantizar que al menos el 30% de sus catálogos consistan en contenido europeo, al cual se le debe otorgar prominencia; y c) libera recursos para invertir en la producción de contenido europeo, ya que los estados miembros pueden requerir una contribución financiera de la televisión y los proveedores de servicios audiovisuales por demanda.

⁴¹ El Servicio de Plataforma de Compartición de Vídeos se define como aquel servicio, sección dissociable del mismo o funcionalidad esencial, que tiene por objeto principal proporcionar programas, videos generados por el usuario, o ambos, al público en general, para informar, entretener o educar, a través de redes de comunicaciones electrónicas, para lo cual el proveedor de la plataforma de video compartido no tiene responsabilidad editorial, y cuya organización por el proveedor determinada por el proveedor de la plataforma de video compartido, por medios automáticos o algoritmos, en particular mediante la visualización, etiquetado y secuenciación.

⁴² Dispone el artículo que, como garantía de la televisión pública y de la radiodifusión sonora pública, se mantendrá anualmente, por lo menos, el monto máximo de recursos que, desde la creación del Fondo para el Desarrollo de la Televisión y los Contenidos (FonTV), fueron destinados por este a RTVC y a los canales regionales de televisión. Así mismo, se mantendrá, por lo menos, el monto promedio destinado a RTVC por el Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (FonTIC), desde su creación, para la radiodifusión sonora pública.

⁴³ Esquema de financiación para el sector TIC y audiovisual

Tabla 1-1 Política pública convergente, regulación convergente, fondos y cargas contributivas

Dimensión	Argentina	Australia	Brasil	Canadá	Chile	Estados Unidos	Francia	India	Reino Unido	Suecia
	●	●	●	●	●	●			●	
	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●
	●		●	●	●	●	●	●		●
	●	●	●	●	●		●		●	
	●	●	●	●		●	●	●		●
	●	●	●	●		●	●	●		●

Fuente: Elaboración propia con base en la revisión de 10 países.

Por otro lado, no conozco los estimativos presupuestales del MINTIC para proponerle al Congreso que prometa un mínimo de inversión para la televisión pública, pero lo cierto es que el proyecto apunta a una disminución de los recursos del fondo único por menores ingresos provenientes de los operadores. En efecto, el proyecto propone derogar el principio de maximización de ingresos por asignación de permisos para uso del espectro radioeléctrico, actualmente establecido por el artículo 72 de la Ley 1341, derogatoria que, si está llamada a tener efecto alguno, es el de que el MINTIC no esté obligado a estructurar los procesos de asignación de tales permisos con miras a obtener los mayores ingresos posibles de la banda subastada. En otras palabras, la reforma tendrá como efecto, el de que el fondo único reciba menores ingresos por subastas de espectro.

Adicionalmente, el proyecto propone permitir a los operadores de televisión por suscripción que se acojan a la habilitación general, lo que, de ocurrir, como es apenas natural, conduce a una reducción sustancial de los montos que a título de contraprestaciones por la concesión y de compensación, dichos operadores pagan actualmente al FONTV. Entonces la reforma tendrá como efecto, adicional al anterior, el de que el fondo único reciba menores ingresos provenientes de los operadores de televisión por suscripción.

Así mismo, la reforma propone permitir los canales privados de operación comercial, que se acojan a la habilitación general. Si se acogen a la habilitación general, lo que hubieren pagado parcialmente por la prórroga a ese momento, se imputará al pago del 2.2% de sus ingresos brutos (contraprestación que deben pagar por la habilitación general).

Es claro entonces que si la reforma se aprueba como fue propuesta por el Gobierno, existirá un menor recaudo de ingresos con destino al fondo, lo que pone en duda la posibilidad de mantener el monto prometido de recursos para la televisión pública.

En segundo lugar, el proyecto parece partir de la base de que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que actualmente extrae del FONTIC entre el 40% y 50% de recursos, con destino a otros sectores, no continuará haciéndolo, y de esa forma se compensará la reducción de ingresos provenientes de los operadores. Que ello ocurra, sin embargo, es virtualmente imposible habida consideración de que, de una parte, se trata de recursos no tributarios de la Nación –y no de contribuciones parafiscales–, y de otra, que actualmente el Estado se encuentra en una complicada situación fiscal como para suponer que el Ministerio de Hacienda liberará en favor del sector TIC todos los recursos que este aporte al fondo, en

en el marco de la convergencia tecnológica y de mercados. Departamento Nacional de Planeación (DNP). Septiembre de 2017, página 23.

detrimento de otros sectores con mayores necesidades de financiación. Esa estimación, honestamente, no es realista.

Si a ese contexto se le suma que la idea del MINTIC, desde el objeto de la iniciativa, artículo 1°, es focalizar los recursos para el cierre efectivo de la brecha digital en la construcción y despliegue de redes de acceso fijas y móviles, es decir, infraestructura, sin que se mencione como parte del objeto de la ley los contenidos nacionales y el fortalecimiento de la televisión pública, no parece haber cupo presupuestal para cumplir con la promesa que el Ministerio propone al Congreso efectuar.

Finalmente, es bien conocido en derecho de la Hacienda Pública, que el solo hecho de que una ley ordinaria decreta un gasto no garantiza, en manera alguna, que el gasto será efectuado, porque ello puede ocurrir solo si el Gobierno nacional lo incorpora en el proyecto de ley anual de presupuesto, y el Congreso, a su turno, lo presupuesta dentro de la ley, lo cual dependerá, única y exclusivamente, de que exista espacio fiscal para el efecto. Así lo explica el ex ministro Juan Camilo Restrepo:

“¿QUÉ ES DECRETAR UN GASTO Y QUÉ ES PRESUPUESTARLO? (FUERZA RESTRICATIVA DEL PRESUPUESTO)

Lo anterior nos lleva a una distinción importante en el derecho presupuestal, a saber una cosa es decretar un gasto y otra diferente es presupuestarlo. Lo primero hace referencia a la capacidad política y privativa de los cuerpos colegiados para manifestar a través de leyes su deseo político de que un determinado gasto se efectúe.

(...)

Otra cosa diferente es la presupuestación de los gastos. Solamente el Ejecutivo, que es quien conoce la disponibilidad de recursos y quien tiene la capacidad técnica para preparar los presupuestos anuales, está habilitado para definir, al momento de preparar el presupuesto, cuáles de los gastos previamente decretados por ley es factible incorporar en un presupuesto determinado.

Esto es lo que la doctrina ha llamado la “fuerza restrictiva del presupuesto”, que no es otra cosa que la prerrogativa reconocida al órgano ejecutivo para preparar con exclusividad el presupuesto, y por lo tanto para definir cuáles gastos son financieramente viables incorporar al proyecto de ley de apropiaciones.

(...)

La diferencia entre decretar un impuesto y presupuestarlo fue claramente expuesta por Alberto Lleras Camargo en el mensaje que dirigió el 3 de junio de 1944, a manera de Exposición de Motivos de lo que habría de convertirse en el acto legislativo de 1945.

Dijo así el entonces Ministro de Gobierno:

“(…) Si el Parlamento no decretara gastos que estuvieran por encima de la capacidad de gastar de la Nación, la ley Sustantiva que los decreta y la que ordena la inversión anual no pugnarían entre sí. Pero eso no fue fácil ni jamás ocurrió. La ley de Presupuesto no decreta, por sí sola, ningún gasto, sino que ordena, recoge la voluntad previa del Congreso, la ajusta a las circunstancias fiscales, la distribuye en períodos de tiempo, la acondiciona a la capacidad del Gobierno para ejecutarla. Por eso solo el Gobierno puede presentar el proyecto de Presupuesto. Él solo está en condiciones de calcular con exactitud y aproximación las rentas. Él solo,

en definitiva, es el responsable de que se ejecute bien la voluntad parlamentaria.”^{44,45}

De manera que los agentes del ecosistema de la televisión pública deben ser conscientes de que el hecho de que el proyecto proponga destinar anualmente un mínimo de recursos, en manera alguna garantiza que ello sea así, porque la ley ordinaria que decreta un gasto en manera alguna obliga al Gobierno nacional a incluirlo en el proyecto de ley anual de presupuesto, ni al propio Congreso a aprobar dicho monto en esa ley, aspecto que es discrecional del Gobierno de acuerdo con la realidad fiscal de cada momento, prueba de lo cual es la polémica que actualmente se evidencia respecto de los 14 billones de pesos faltantes para cumplir con el presupuesto, que de no conseguirse llevarán inevitablemente a recortes en el presupuesto de gastos en los sectores que el Gobierno considere menos prioritarios.

Reitero que si bien es positivo que la Ministra presente un proyecto con un monto mínimo para la televisión pública, debe analizarse en el honorable Congreso, en detalle, los supuestos de los que parte esa propuesta y su realismo.

Adicionalmente, tampoco encuentro que en el proyecto se indique o garantice la fuente de recursos que se debe mantener para terminar el **proyecto de Televisión Digital para Todos (TDT)**, que permite seguir llevando el servicio público de televisión de manera gratuita a todos los colombianos, cuya cobertura es hoy, gracias a un gran esfuerzo público y privado, del 85,94% de la población colombiana. Desde la ANTV hemos solicitado al Ministerio de Hacienda parte de los recursos del FONTV, que se encuentran hoy en TES del portafolio de la ANTV, que a 31 de diciembre de 2017 ascendían a la suma de 509 mil millones de pesos aproximadamente y, sin embargo, los mismos no fueron apropiados en la ley de presupuesto para la vigencia 2019. ¿Cómo partir de la base, entonces, de que el Ministerio de Hacienda y el DNP, al preparar el presupuesto para el año 2020, habrán de apropiar los montos decretados en el proyecto para la televisión pública?

Por último, pero no menos importante, me preocupa que el proyecto de ley priorice todos los esfuerzos y recursos para la infraestructura, como lo indiqué frente al objeto del mismo, para lograr conectar a los colombianos a internet, un servicio que a diferencia de TDT, por ejemplo y entre otros, no es gratuito, dejando en tercer lugar la inversión en contenidos nacionales, sin mencionarlos en su objeto, pese a que el Estado debe promover y garantizar que lleguen a todos los colombianos al ser fundamentales para la promoción de la cultura e identidad nacional. No es suficiente conectar a todos los ciudadanos si no contamos con contenidos propios de calidad; de nada sirve construir la autopista para que lleguen contenidos de otros países desvirtuando por completo el fundamento de la televisión pública, en especial, la regional.

Nuevamente agradezco su comunicación y quedo atenta a cualquier requerimiento.

Cordialmente,


MARÍA CAMILA VILLAMIZAR ASSAF
Miembro de la Junta Nacional de Televisión

⁴⁴ Lleras Camargo, Alberto, citado en Aspectos de la política presupuestal en Colombia, 1886-1998, Ministerio de Hacienda, Bogotá, 1987, Libro Primero, p. 183.

⁴⁵ Restrepo, Juan Camilo. Derecho presupuestal colombiano. Legis, (2007) Tercera reimpresión (2010). Págs. 162-164.

CONCEPTO JURÍDICO DEL MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO A LA PONENCIA PARA SEGUNDO DEBATE DEL PROYECTO DE LEY NÚMERO 213 DE 2018 SENADO

por el cual se crea el Sistema Nacional para la Seguridad Alimentaria y Nutricional (Sinsan), se crea la Agencia Nacional de Seguridad Alimentaria (Ansan) y se establecen otras disposiciones.

1.1. Oficina Asesora de Jurídica

Bogotá, D. C.

Honorable Congresista

ERNESTO MACÍAS TOVAR

Senado

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Carrera 7 número 8-62

Bogotá, D. C.

Asunto: Comentarios del Ministerio de Hacienda y Crédito Público a la ponencia para segundo debate del Proyecto de ley número 213 de 2018 Senado, “*por el cual se crea el Sistema Nacional para la Seguridad Alimentaria y Nutricional (Sinsan), se crea la Agencia Nacional de Seguridad Alimentaria (Ansan) y se establecen otras disposiciones.*”

Respetado Presidente:

De manera atenta se presentan los comentarios y consideraciones del Ministerio de Hacienda y Crédito Público a la ponencia para segundo debate del Proyecto de ley del asunto, en los siguientes términos:

El proyecto de ley, de iniciativa legislativa, tiene por objeto constituir un Sistema Nacional de Seguridad Alimentaria y Nutricional (Sinsan); determinar los principios, derechos, objetivos, responsables e instituciones que lo conforman y crear la Agencia Nacional de Seguridad Alimentaria Nutricional como entidad rectora del Sinsan, determinando su estructura básica y funciones.

Frente al particular, se considera que el artículo 10 de la iniciativa, transcrito a continuación, **es inconstitucional por contener un asunto que es de iniciativa privativa del Gobierno nacional en el marco de lo señalado en el artículo 154 de la Carta Política y por no cumplir con los requisitos constitucionales relacionados con el otorgamiento de facultades extraordinarias al Presidente de la República, de conformidad con el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política.**

“Artículo 10. Creación de la Agencia Nacional de Seguridad Alimentaria y Nutricional. Créase la Agencia Nacional de Seguridad Alimentaria y Nutricional (Ansan) como una agencia estatal de naturaleza especial, de carácter técnico y ejecutivo, del sector descentralizado de la rama ejecutiva del nivel nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, técnica y financiera, adscrita al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.

Parágrafo transitorio 1°. De conformidad con el artículo 150 numeral 10 de la Constitución Política, revístase al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias por el término de seis (6) meses para:

1. Constituir la estructura de la Agencia Nacional de Seguridad Alimentaria y Nutricional (Ansan).
2. Fusionar, escindir, transformar, suprimir y reasignar funciones y competencias orgánicas; señalar, modificar, determinar los objetivos, así como determinar su vinculación o adscripción, el número, es-

tructura orgánica y orden de precedencia de agencias nacionales y altas consejerías y otras entidades públicas de la rama ejecutiva del orden nacional cuyas funciones sean asumidas por la Ansan.

Las funciones señaladas en la presente ley para la Agencia Nacional de Seguridad Alimentaria no serán modificables por medio de estas facultades.

3. Realizar las modificaciones presupuestales necesarias para financiar los gastos de funcionamiento que se requieran para asumir las funciones que reciba como consecuencia de la supresión o transformación de las entidades.

Parágrafo transitorio 2°. Las facultades extraordinarias conferidas al Presidente de la República en el presente artículo para renovar y modificar la estructura de la administración pública nacional serán ejercidas con el propósito de garantizar la Política de Estado para la Seguridad Alimentaria y Nutricional (Pesan), la eficiencia en la prestación del servicio público, hacer coherente la organización y funcionamiento de la administración pública y con el objeto de lograr la mayor rentabilidad social en el uso de los recursos públicos.

Parágrafo transitorio 3°. El Presidente de la República determinará la planta de personal necesaria para el funcionamiento de las entidades creadas, escindidas, suprimidas, fusionadas, o reestructuradas en desarrollo de estas facultades extraordinarias.

Parágrafo transitorio 4°. Se garantizará la protección de los derechos laborales de las personas vinculadas a las distintas entidades fusionadas, escindidas, reestructuradas, liquidadas o reestructuradas. En los empleos que se creen se incorporarán los servidores públicos que cumplan estas funciones, en las entidades suprimidas, fusionadas o reestructuradas, de acuerdo con las necesidades del servicio. Igualmente, se realizarán los traslados de recursos a los cuales haya lugar”.

Respecto del mencionado artículo, se debe tener en cuenta que los artículos 150 y 154 de la Constitución Política señalan:

“Artículo 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (...)

7. Determinar la estructura de la administración nacional y crear, suprimir o fusionar ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y otras entidades del orden nacional, señalando sus objetivos y estructura orgánica; reglamentar la creación y funcionamiento de las Corporaciones Autónomas Regionales dentro de un régimen de autonomía; así mismo, crear o autorizar la constitución de empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta.

(...)”.

“Artículo 154. Las leyes pueden tener origen en cualquiera de las Cámaras a propuesta de sus respectivos miembros, del Gobierno Nacional, de las entidades señaladas en el artículo 156, o por iniciativa popular en los casos previstos en la Constitución.

No obstante, solo podrán ser dictadas o reformadas por iniciativa del Gobierno las leyes a que se refieren los numerales 3, 7, 9, 11 y 22 y los literales a, b y e, del numeral 19 del artículo 150; las que ordenen participaciones en las rentas nacionales o transferencias de las mismas; las que autoricen aportes o suscripciones del Estado a empresas industriales o comerciales y las

que decreten exenciones de impuestos, contribuciones o tasas nacionales...” (Negrilla fuera de texto).

En este sentido, es claro que el asunto que contiene el artículo 10 del Proyecto de ley es de iniciativa privativa del Gobierno nacional, por lo tanto, no es dable la creación de la mencionada Agencia en atención a que la iniciativa del proyecto del asunto es parlamentaria y no gubernamental, por lo que de insistirse en su creación dicha disposición y sus conexas devendrán en inconstitucional al no existir aval del Gobierno. Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia C-889-2006¹ manifiesta “...La Corte ha declarado la inexecutable de disposiciones en virtud de las cuales el Congreso, sin contar con la iniciativa del gobierno o su aval en el trámite legislativo, (i) ha creado entidades del orden nacional, (...) Para la Corte, tales disposiciones modifican la estructura de la administración central y su constitucionalidad depende de que haya habido la iniciativa o el aval gubernamental (...)”.

De otra parte, respecto de las facultades extraordinarias señaladas en el párrafo 1 y siguientes del citado artículo 10 del Proyecto de ley, se debe tener en cuenta que la Corte Constitucional² ha señalado frente al numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política que: “la norma constitucional relacionada (sic) que las facultades deben ser solicitadas expresamente por el Gobierno, debe existir la necesidad de dotar al Presidente de la República de dichas facultades o deben ser otorgadas como resultado de la conveniencia pública. Así pues, la ley de facultades debe contener de manera expresa y precisa las materias objeto de delegación legislativa, además de ser concedidas por un plazo que no puede exceder de seis meses. La expedición de estas leyes de delegación requiere de una mayoría calificada consistente en la mayoría absoluta de los miembros de una y otra cámara”.

Conforme con lo anterior, se encuentra que el artículo 10 del Proyecto de ley no cumple con los requisitos que la jurisprudencia ha señalado en torno al numeral 10 del artículo 150 de la Carta Política, en la medida que la iniciativa es parlamentaria y no gubernamental, luego las facultades que se pretenden otorgar no han sido solicitadas por el Gobierno nacional, requisito sin el cual se torna en inconstitucional en lo que respecta a ese punto.

Aunado a esto, en el marco de las facultades que se pretenden otorgar al Presidente de la República, se establece que este podrá “Realizar las modificaciones presupuestales necesarias para financiar los gastos de funcionamiento que se requieran para asumir las funciones que reciba como consecuencia de la supresión o transformación de las entidades”. Sobre esta facultad, es importante mencionar que esta debe cumplir con un requisito adicional y es no fijar o crear obligaciones adicionales que excedan el monto global fijado para el respectivo servicio en la ley de apropiaciones iniciales, conforme al numeral 14 del artículo 189 de la Constitución Política.

Por otro lado, es inconveniente el proyecto de ley por el impacto fiscal que genera la creación de una nueva entidad y la articulación de nuevas políticas que implican gasto público.

Frente a la creación de la nueva Agencia, se aclara que esta demandaría costos adicionales para la Nación,

¹ Corte Constitucional. Sentencia C 889 de 2006. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

² Corte Constitucional. Sentencia C-1155 de 2008. M. P. Jaime Araújo Rentería.

los cuales no pueden ser determinados con exactitud, debido a que en el articulado solo se describe la estructura administrativa básica de la Agencia mas no se hace referencia a los requerimientos específicos en materia de infraestructura física, humana, y los recursos financieros necesarios para cubrir su funcionamiento y proyectos de inversión. No obstante, con el ánimo de ejemplificar el costo fiscal estimado de dicha Agencia, en el siguiente cuadro se toma como referencia el promedio del presupuesto anual de funcionamiento de agencias existentes. Respecto de la estimación, se aclara que se presentan los presupuestos de funcionamiento para 2018 de 12 agencias³, tal como aparecen en el Decreto de Liquidación 2236 de 2017⁴.

Agencia	Presupuesto funcionamiento 2018 (miles de millones de pesos)
Agencia de Cooperación Internacional	25
Agencia de Desarrollo Rural	22,7
Agencia de Renovación de Territorio	45,2
Agencia de Tributos, Rentas y Contribuciones - ITRC	15,1
Agencia Nacional de Contratación Pública	5,5
Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado	45,8
Agencia Nacional de Infraestructura	73,8
Agencia Nacional de Minería - ANM	98,1
Agencia Nacional de Tierras	22,1
Agencia Nacional del Espectro	12,2
Agencia Nacional Imobiliaria Virgilio Barco Vargas	4,5
Agencia Nacional de Seguridad Vial	17,7
Promedio	33,6

Fuente: Decreto de Liquidación 2236 de 2017

Elaboración: Dirección General del Presupuesto Público Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público

Como se observa, el presupuesto de funcionamiento para 2018 de las 12 agencias señaladas está comprendido en un rango que va de los \$4.900 millones a los \$98.100 millones con un promedio de \$33.600 millones, lo cual generaría gastos adicionales con cargo al Presupuesto General de la Nación que no se encuentran previstos ni en el Marco Fiscal de Mediano Plazo ni en el Marco de Gasto de Mediano Plazo del Sector.

No obstante, el costo promedio descrito en el anterior cuadro solo correspondería al funcionamiento anual de la nueva agencia, pero no tendría en cuenta la inversión inicial de recursos para su montaje, tales como la construcción o adecuación de la sede, los equipos de cómputo, el mobiliario, ni la inversión encaminada, por ejemplo, a “Garantizar la operatividad del Observatorio para la Seguridad Alimentaria y Nutricional (OBSAN) del país, como una estrategia para disponer de información confiable y oportuna que permita la toma inteligente de decisiones sobre SAN y la actualización de la pesan”, establecida en el numeral 9 del artículo 13 sobre las funciones de la Agencia del Proyecto de ley en mención.

En este sentido, teniendo en cuenta que el país atraviesa por una situación económica que limita el gasto público, se recuerda que estos costos no se encuentran contemplados en las estimaciones del Marco Fiscal de Mediano Plazo ni en el Marco de Gasto de Mediano Plazo, por lo que la operación quedaría supeditada a las condiciones fiscales de la Nación. En este punto, el proyecto de ley no incluye su impacto fiscal, ni fuentes de financiación adicionales que cubran los costos de la misma, conforme lo exige el artículo 7° de la Ley 819 de 2003⁵.

³ No se incluyen en la estimación dos agencias: la Agencia Nacional de Hidrocarburos y la Agencia Logística de las Fuerzas Militares. Esto a razón de que sus presupuestos de funcionamiento son mucho mayores al resto de agencias.

⁴ Por el cual se liquida el Presupuesto General de la Nación para la vigencia fiscal de 2018, se detallan las apropiaciones y se clasifican y definen los gastos.

⁵ Ley 819 de 2003, “Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones” (...) Artículo 7°. Análisis del Impacto Fiscal de las Normas. En todo momento, el impacto fiscal de cualquier proyecto de ley, ordenanza o

Por otro lado, el numeral 5 del artículo 14 del Proyecto de ley establece que el patrimonio de la Agencia Nacional de Seguridad Alimentaria y Nutricional (Ansan) estará conformado, entre otros, por: “(...) *Los recursos que reciba por concepto de regalías cuando desarrolle función de ejecución de proyectos con estos recursos*”. **Respecto a esta propuesta, se considera innecesaria toda vez que desconoce la especialidad del Sistema General de Regalías (SGR).** Frente al particular, la Ley 1530 de 2012⁶ y demás normativa que lo regula establece que la ejecución de los recursos del SGR deberá ser realizada por las entidades de naturaleza pública, observando las normas de contratación pública vigente y aplicable, siendo necesario recordar que por mandato constitucional el SGR tiene su propio sistema presupuestal y se rige por las normas establecidas en Ley 1530 de 2012, recursos que no hacen parte del Presupuesto General de la Nación ni del Sistema General de Participaciones.

En otro punto, se precisa que varias de las funciones que se esperan desarrollar por la Agencia Nacional de Seguridad Alimentaria y Nutricional, actualmente, están a cargo de otras entidades como: el Observatorio de Seguridad Alimentaria y Nutricional de Colombia (OSAN), que hace seguimiento y análisis a las políticas de seguridad alimentaria en el país; el ICBF como ejecutor de programas, estrategias y proyectos relativos a la seguridad alimentaria y nutricional; el Invima como vigilante de las buenas prácticas de manufactura en la producción de alimentos; el Ministerio de Educación como coordinador del Programa de Alimentación Escolar (PAE) y el Departamento Administrativo de la Prosperidad Social, en especial bajo la coordinación de la subdirección de Seguridad Alimentaria que además propende por hallar soluciones para los problemas de hambre e inseguridad alimentaria y nutricional en el país.

En este sentido, **la planeación, administración y ejecución de dichos programas entrarían en conflicto con las normas actualmente existentes sobre la materia, lo que generaría duplicidad de funciones y podría entrar en contradicción con la destinación de algunos recursos utilizados para los mencionados fines.** Para este Ministerio es indispensable que las propuestas que se hagan sobre esta materia estén articuladas con las competencias de administración y ejecución del PAE y en general con todas las entidades del orden nacional que intervengan en ese Programa con el fin de no generar mayor dispersión de competencias.

Finalmente, **no es claro el proyecto en determinar si la problemática del Programa de Alimentación Escolar busca ser abordada a partir de una duplicación de esfuerzos por parte de la Nación en relación con el Programa PAE o si será solo una entidad del Gobierno nacional la que será el órgano rector de la política alimentaria en Colombia.** En ese mismo sentido, el Proyecto del asunto debería contar con información actualizada y que corresponda a la realidad del sector, habida cuenta de que contiene cifras de 2014.

acuerdo, que ordene gasto o que otorgue beneficios tributarios, deberá hacerse explícito y deberá ser compatible con el Marco Fiscal de Mediano Plazo.

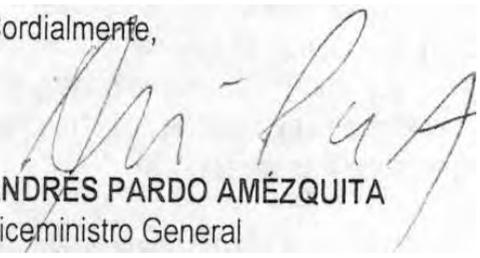
Para estos propósitos, deberá incluirse expresamente en la exposición de motivos y en las ponencias de trámite respectivas los costos fiscales de la iniciativa y la fuente de ingreso adicional generada para el financiamiento de dicho costo (...).

⁶ Por la cual se regulan la organización y el funcionamiento del Sistema General de Regalías.

En este punto, este Ministerio sugiere tener en cuenta el diagnóstico realizado por la Dirección General de Apoyo Fiscal de esta Cartera sobre los distintos problemas que padece el PAE⁷ publicado en el año 2015 y el cual puede ser consultado en el CD anexo. Igualmente, se adjunta la actualización del diagnóstico de implementación del PAE y las propuestas para su fortalecimiento, el cual fue realizado por la mencionada Dirección y que cuenta con cifras a 30 de septiembre de 2017.

En razón de lo expuesto, este Ministerio se abstiene de emitir concepto favorable al Proyecto de ley del asunto, no sin antes manifestar muy atentamente la voluntad de colaborar con la actividad legislativa en términos de responsabilidad fiscal vigente.

Cordialmente,



ANDRÉS PARDO AMÉZQUITA
Viceministro General

Anexo: Un (1) CD y ocho (8) folios.

Con copia:

Honorable Senadora Nadia Blel Scaff- Autora/
Ponente

Honorable Senadora Paloma Valencia- Autora

Honorable Representante Margarita María Restrepo
Arango- Autora

Honorable Senador Honorio Miguel Henríquez
Pinedo - Ponente

Honorable Senador Eduardo Enrique Pulgar Daza -
Ponente

Honorable Senadora Aura Esther Fortich Sánchez -
Ponente

Dr. Gregorio Eljach Pacheco, Secretario General del
Senado, para que obre en el expediente.

DIAGNÓSTICO IMPLEMENTACIÓN DEL PROGRAMA DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR Y PROPUESTAS PARA FORTALECER EL PAE

La Dirección General de Apoyo Fiscal del MHCP, con base en la revisión realizada al Programa de Alimentación Escolar (PAE) desde el punto de vista de la normatividad vigente (Decreto 1852 de 2015 y la Resolución 16432 de 2015), el Informe de la Actuación Especial de la Contraloría General de la República (CGR), información de la Procuraduría General de la Nación, del Ministerio de Educación Nacional y lo constatado en la ejecución del programa mediante visitas que ha llevado a cabo en algunos municipios del país, ha identificado algunos elementos de la problemática relacionados con la formulación de la política pública y su implementación en el territorio, los cuales describe a continuación y sobre los que también hace algunas propuestas de mejoramiento al final del texto:

Desconocimiento de los Lineamientos del Programa y de su principal objetivo

La operación adecuada del Programa de Alimentación Escolar (PAE) está sujeta al cumplimiento de las disposiciones y competencias establecidas en los Lineamientos Técnicos - Administrativos que el

⁷ Las publicaciones de la Dirección de Apoyo Fiscal del Ministerio de Hacienda y Crédito Público pueden ser consultadas en la siguiente ruta: [www.minhacienda.gov.co / Gestión Misional / Publicaciones / Publicaciones SGP](http://www.minhacienda.gov.co/GestiónMisional/Publicaciones/PublicacionesSGP)

Ministerio de Educación Nacional (MEN) definió para tal fin¹. Un problema fundamental que ha evidenciado la Dirección General de Apoyo Fiscal del MHCP en las distintas fases del PAE (planeación, contratación, ejecución, y seguimiento y control) es el desconocimiento generalizado de dichos Lineamientos Técnicos - Administrativos, de los estándares y de las condiciones mínimas del Programa de Alimentación Escolar (PAE), por parte del nivel territorial (gubernaciones y alcaldías), de la comunidad educativa (rectores, docentes, padres de familia), y en general de los distintos actores que intervienen en la operación del Programa, incluidas las redes de veeduría ciudadana, los operadores y las manipuladoras de alimentos.

Igualmente, es evidente la confusión que existe frente a los alcances del programa. Mientras el Ministerio de Educación ha diseñado una política de permanencia que se centra en entregar un complemento alimenticio a los niños focalizados pertenecientes a los grupos de especial protección (niños desplazados, de minorías étnicas, desplazados por la violencia, discapacitados, pertenecientes a estratos 1 y 2 del Sisbén, etc.) recientemente inclinada hacia aquellos establecimientos en donde opera la jornada única, otros actores principales, entre los que nuevamente se encuentran Gobernadores y Alcaldes; miembros de la comunidad educativa; y agentes externos como los organismos de control, los medios y la propia comunidad, han entendido que se trata de un programa universal de seguridad alimentaria que debe estar disponible para todos los niños cubiertos por el Sistema Educativo Oficial.

Este desconocimiento y confusión están en el centro de una discusión pública que se inclina por concluir que no hay recursos suficientes para financiar el programa.

Frente al diseño y la ejecución del Programa

La diversidad de normas que enmarcan la ejecución del Programa, entre otras, aquellas que establecen las competencias asignadas a los diferentes niveles del Gobierno; las relacionadas con el derecho a la educación y a la alimentación y principalmente, las que reglamentan el uso de las diversas fuentes de financiación (Presupuesto Nacional, Regalías, SGP, etc.), dificultan la implementación y la finalidad del Programa de Alimentación Escolar, que no es otra que llevar la ración alimentaria a donde se encuentra el niño focalizado para procurar que permanezca en el sistema educativo.

Lo anterior hace que una amplia variedad de actores tenga competencias en la ejecución de los múltiples recursos que financian el PAE. A nivel Nacional, el Ministerio de Educación Nacional, rector de la política y por ende encargado de dar los lineamientos para la implementación y articulación del programa, recibió la función de ejecutar los recursos del presupuesto nacional asignados al mismo, función que prontamente delegó en las entidades territoriales. A nivel subnacional, las entidades territoriales certificadas en educación (95 entre departamentos y municipios de mayor tamaño poblacional) aportan y ejecutan recursos propios y del SGP que recaudan como departamentos y/o municipios, regalías y ahora los recursos del presupuesto nacional; y las entidades territoriales no certificadas (1.039 municipios de menor tamaño poblacional) que aportan y ejecutan recursos propios, regalías, recursos del PGN y la asignación especial del SGP para la alimentación escolar.

Al respecto, el Capítulo II del Título II de la Ley 715 de 2001 establece las competencias de las entidades territoriales en cuanto a la prestación del servicio educativo. La ley determina que, en el caso de los municipios no certificados, la administración de los recursos, la financiación y la prestación del servicio es responsabilidad del Departamento al cual pertenezca cada una de las entidades territoriales no certificadas. En este sentido, el artículo 6.2.3. de la misma ley define que los Departamentos tienen la competencia de administrar las instituciones educativas y el personal docente y administrativo de los planteles educativos, razón por la cual los municipios no certificados no tienen competencias directas frente al manejo del sistema educativo ni del personal docente de su jurisdicción.

No obstante, en la Ley 1176 del 2007, en la cual se reglamenta la Asignación Especial para Alimentación Escolar del Sistema General de Participaciones, se estableció que los recursos para alimentación escolar serán distribuidos entre los distritos y municipios con base en criterios de equidad (95%) y eficiencia (5%). Lo anterior, sin tener en cuenta la distribución de competencias, entre entidades territoriales certificadas y no certificadas en educación que habían sido reglamentadas mediante la Ley 715 del 2001.

De otro lado, para la vigencia 2015, mediante el Decreto 1852 del 16 de septiembre, el Ministerio de Educación Nacional cambió el modelo de operación del PAE –el cual operaba hasta ese entonces de manera centralizada en el nivel nacional– y definió un esquema descentralizado, en el cual la operación del Programa debió ser asumido por las Entidades Territoriales Certificadas y No certificadas en educación. En esta medida, se transfirió la responsabilidad de la implementación, financiación y ejecución del PAE a las entidades territoriales certificadas y no certificadas, bajo el fundamento de que son estas las responsables del servicio educativo en su jurisdicción.

Igualmente, si bien es un actor con funciones, el diseño del programa desconoció que el servicio de alimentación escolar se presta en los Establecimientos Educativos y sus múltiples sedes. De acuerdo con cifras del MEN, en Colombia hay 10.068 Establecimientos Educativos con 57.584 sedes, cifra que da un panorama de en dónde debe centrarse la mayor parte de las fases de la ejecución del Programa.

Bajo el contexto anterior, y a partir del seguimiento y control realizado por la Dirección General de Apoyo Fiscal del MHCP al Programa de Alimentación Escolar, se han evidenciado los siguientes problemas estructurales relacionados con la situación descrita anteriormente:

1. Inoportunidad de la asignación de los recursos del SGP y del PGN transferidos desde la Nación a las entidades territoriales certificadas en educación

Desde la Nación no estamos apoyando la correcta ejecución del programa. Hay constantes inconvenientes en la oportunidad de la asignación de los recursos del SGP y del PGN de la Nación a las entidades territoriales, los documentos de distribución Conpes que distribuyen las 11/12 de los recursos de la Asignación Especial para Alimentación Escolar son expedidos durante el primer semestre de cada vigencia. Por ejemplo, en 2015 el Conpes Social 180 salió en abril, en 2016 el Documento de Distribución 09 salió en junio, en 2017 el Documento de Distribución 15 salió en febrero y en 2018 a la fecha corte de elaboración del presente informe no ha salido. Igualmente, la expedición de los actos administrativos por parte del Ministerio de Educación distribuyendo los

¹ Resolución 16432 de octubre del 2015, modificada para la vigencia 2018 a partir del 1° de febrero de 2018 por la Resolución 29452 de diciembre de 2017.

recursos del Presupuesto de gastos de Funcionamiento a las entidades territoriales certificadas (Recursos del PGN) y la cofinanciación de las coberturas de educación (artículo 145 de la Ley 1530 de 2012), se efectúa entre marzo y mayo de cada vigencia fiscal (2016 y 2017 en mayo, y en 2018 no se han distribuido).

2. Desarticulación entre los departamentos y los municipios no certificados de su jurisdicción.

El que la competencia de la prestación del servicio educativo de los 1.039 municipios no certificados se encuentre en cabeza de los Departamentos, lo que hace que la tutela sobre el gobierno escolar (Establecimientos Educativos, Docentes, Directivos Docentes y Administrativos) esté a cargo de estos, pero que parte de los recursos que financian el programa sean asignados y girados para su ejecución a dichos municipios, hace de la articulación entre los dos niveles de gobierno uno de los eslabones más importantes del diseño actual del programa, especialmente, cuando la prestación del servicio de alimentación escolar se ofrece directamente en los establecimientos educativos y sus sedes.

La asignación tanto de recursos como de competencias en departamentos y municipios no certificados ha generado, en algunos casos, problemas evidentes de articulación; bien sea por aspectos políticos, económicos o administrativos, en algunos municipios no se realiza un proceso coordinado para la prestación del servicio, lo cual deriva en contratación ineficiente del servicio que se evidencia en hechos como: prestación del servicio en establecimientos por parte del departamento que es desconocida en el municipio, duplicidad de operadores al interior de un mismo centro educativo (unos contratados por la Gobernación, otros por la Alcaldía), diferencias en la oportunidad calidad y cobertura del servicio, entre centros educativos y al interior de los mismos, etc.

3. Baja capacidad para administrar y supervisar la ejecución del programa en el caso de las ET no certificadas.

En los casos en que las Entidades Territoriales No Certificadas contratan la operación del PAE en su jurisdicción, se ha evidenciado que existen deficiencias significativas en la evaluación de la ejecución del mismo, lo cual es consecuencia de lo complejo que es hacer seguimiento a la prestación en un número elevado de establecimientos y sedes, y de la mencionada asimetría entre competencias y recursos a ejecutar, pues como se dijo, se trata de municipios que no tienen competencias en la administración de las instituciones educativas y su personal docente y, por lo tanto, no cuentan con un equipo de personal enfocado en la prestación del servicio educativo, lo que afecta la capacidad de garantizar que los gobiernos escolares y la comunidad educativa cumplan a cabalidad con las funciones establecidas en los Lineamientos Técnicos y Administrativos del PAE.

4. Frente a los sistemas de información a través de los cuales se monitorea del Programa

Como se mencionó, las entidades territoriales en el marco de la bolsa común, pueden concurrir con recursos del SGP, del Presupuesto General de la Nación, del Sistema General de Regalías, de sus Ingresos Corrientes de Libre Destinación y de otras fuentes, sin embargo, actualmente no se tiene información del valor anual total del Programa con todas las fuentes de recursos. Una tarea a abordar prontamente es identificar el valor total del programa y de la participación de cada una de dichas fuentes en su financiación, es especialmente relevante determinar el monto de ingresos propios de libre

destinación que destinan anualmente los departamentos y municipios. Por ejemplo, en la Categoría de gastos de inversión del FUT, con corte a 30 de septiembre de 2017, se reporta una financiación total del PAE por \$1.7 billones. De estos, 21% son recursos del SGP, 48% del PGN, 0.45% de regalías, 28% propios de libre destinación y 2.55% otras fuentes de recursos. Al respecto, llama la atención el peso de las regalías en la financiación, hecho que podría demostrar problemas con la información reportada. Lamentablemente, esta información difiere de la Categoría MEN - PAE al mismo corte, se reportó una inversión total de \$2,04 billones para financiar contratos destinados al PAE. De ese total, el 41% corresponde a recursos del PGN y 21% a recursos del SGP y el 25% a ICLD de las entidades territoriales.

Al respecto, la Nación cuenta con dos sistemas de información: el Formulario Único Territorial - FUT y la Categoría MEN-PAE del Sistema Consolidador de Hacienda e Información Pública - CHIP, en los cuales se reporta la información presupuestal y de tesorería de los proyectos (contratos y convenios) suscritos por las entidades territoriales para el ejecutar el Programa de Alimentación Escolar. Los dos Sistemas presentan problemas con la calidad y cobertura de la información reportada. De la misma manera, las entidades territoriales no presentan la información de la alimentación escolar de su entidad en los planes de adquisiciones de cada año y/o presentan información incompleta u omiten la publicación de los contratos en el SECOP.

Aunado a lo anterior, en la categoría MEN-PAE del CHIP diseñada por el Ministerio sectorial para contar con la información de la contratación del PAE, se carece de un registro exacto de los complementos alimentarios o almuerzos suministrados por alumno matriculado en el sector oficial, dado que esta información no se encuentra articulada con el Sistema de Matrícula - SIMAT del MEN y, por lo tanto, es imposible conocer la cobertura real del Programa, la unidad de medida que se maneja es por ración entregada lo cual no permite conocer el número de beneficiarios de la alimentación escolar.

5. Frente a la contratación del programa

La problemática abarca la etapa precontractual con la selección de operadores que no cumplen con las condiciones mínimas de experiencia, idoneidad y capacidad financiera y la contractual, en la cual los informes de supervisión parciales y finales de los contratos no cumplen ni dan cuenta de la operación del programa, ni de la entrega diaria de raciones, ni del cumplimiento por parte del operador en cada una de las etapas del PAE, ni de la conformación de los Comités de Alimentación Escolar en los establecimientos educativos, ni del control social que se debe llevar a cabo con la comunidad educativa, entre otros, es decir, no cumplen con los aspectos de la supervisión jurídica, técnica, administrativa, contable que deben tener los contratos o convenios suscritos del PAE.

De igual forma, la operación del PAE presenta falta de planeación contractual por parte de las entidades territoriales, debido entre otros a la oportunidad en el giro de los recursos, que impiden iniciar la contratación desde el primer día hábil del calendario escolar como lo indica la norma.

A nivel Departamental, se observan Megacontratos con altas sumas de dinero que han generado redes en la contratación de este servicio porque los participantes en los procesos son consorcios y uniones temporales sin experiencia y de reciente creación, además de representantes legales que se camuflan entre los procesos

de contratación de una y otra entidad territorial, lo que conlleva procesos de contratación directa, o licitaciones con un oferente.

A nivel Nacional, se carece de una fecha límite para que inicie la prestación de la alimentación escolar, la cual según lo establecido en los Lineamientos Técnicos del PAE debe iniciarse con el calendario escolar, no obstante, el comienzo de este calendario no es igual para todas las entidades territoriales certificadas, lo que acarrea demoras en la contratación oportuna en la alimentación, es claro que debe ofrecerse durante 180 días pero la suscripción de los contratos no es homogénea en todo el territorio nacional, lo que dificulta el seguimiento y control por parte del Ministerio de Educación Nacional.

6. Frente al seguimiento de la prestación del servicio y el control social del programa

Sin duda, una de las fases más estratégicas y en donde es necesario fortalecer responsabilidades. Como se dijo, la competencia de la prestación del servicio educativo está bajo la responsabilidad de las entidades territoriales certificadas, y deben hacerlo en 10.068 Establecimientos Educativos con 57.584 sedes. Sin perjuicio de que la focalización del programa disminuye el número de estas sedes en las que se ejecuta el PAE, no deja de ser un número despreciable para supervisar la ejecución del contrato, además, no es solo el número de sedes, también hay que tener en cuenta la distancia y la dispersión geográfica, amén del acceso a las mismas, realidad que persiste, aun si tal responsabilidad se entrega a las alcaldías de los municipios no certificados. Tal hecho hace relevante el papel que cumple y puede cumplir el Gobierno Escolar de los establecimientos educativos, no solo el rector, también, su consejo directivo, aún, los docentes de aula, en la prestación del servicio.

En el diseño actual del Programa, el papel del Gobierno Escolar, si bien es relevante frente a la prestación y el control social del programa, no tiene injerencia directa en la supervisión formal del contrato de prestación.

Sin perjuicio de lo dicho, a nivel de las instituciones y sedes educativas se identifican omisiones respecto de las competencias establecidas a los rectores, directores rurales, coordinadores, docentes de aula, los operadores del Programa, las manipuladoras de alimentos, la comunidad educativa (padres de familia, veedores, entre otros), lo cual conlleva determinar que la operación del programa de alimentación presenta situaciones de riesgo que afectan la prestación.

Los rectores no cumplen a cabalidad con la normatividad del PAE frente a la creación del Comité de Alimentación Escolar, las reuniones y actas que deben llevar a cabo sobre el desarrollo del Comité del PAE ni sus resultados, la focalización de los titulares de derecho (alumnos) que van a ser beneficiados por el programa, el seguimiento y control a las raciones entregadas y a la prestación del servicio en la institución por parte del operador.

Las instituciones educativas no disponen de espacios idóneos y menaje para la prestación del servicio de alimentación, ni el comedor escolar ni la zona de almacenamiento de alimentos cuenta con los elementos adecuados para brindar este servicio.

Entretanto, los operadores del PAE presentan un inadecuado registro y entrega de raciones en las instituciones educativas, omisión en las competencias asignadas en los lineamientos técnicos del PAE, que conllevan problemas en el gramaje, inocuidad y control de los alimentos.

7. Frente a la desarticulación del monitoreo, seguimiento y control del programa

No se hace monitoreo, seguimiento y control coordinado e integral a la prestación del servicio del programa por parte de las entidades del nivel nacional que intervienen, ni a nivel departamental. El Departamento Nacional de Planeación realiza monitoreo a la Asignación Especial para Alimentación Escolar y el Ministerio de Educación Nacional, solo efectúa seguimiento y control a los recursos del Presupuesto General de la Nación, sin embargo, no monitorea los recursos del SGP destinados para el PAE, y la Dirección de Regalías del DNP, sólo efectúa seguimiento a los recursos del Sistema General de Regalías.

Entre tanto, la Dirección General de Apoyo Fiscal del MHCP determina el riesgo de los recursos de la Asignación Especial para Alimentación Escolar monitoreados por el DNP y organismos de Control, y aunque analiza todas las fuentes de financiación del PAE en las entidades territoriales municipales en donde se inician actividades en el marco del Decreto 028 de 2008, no tiene competencia para realizar el seguimiento y control a las entidades territoriales departamentales, porque no son monitoreadas por el DNP ni por el MEN en el uso de los recursos del Sistema General de Participaciones de alimentación escolar.

Anivel departamental, pese a contar con la competencia de supervisión del programa en su jurisdicción, no efectúa un adecuado seguimiento y verificación de la ejecución del PAE en sus municipios no certificados, independientemente de las fuentes de financiación de los contratos que operen en el territorio.

PROPUESTAS

De acuerdo con lo anterior, la DAF propone las siguientes consideraciones a niveles general y específico:

De carácter General

1. Establecer un período de transición para implementar los ajustes normativos que sean necesarios.
2. Definir claramente que el alcance del programa es el de garantizar la permanencia en el sector educativo y que se centra en entregar un complemento alimenticio focalizado en los niños pertenecientes a los grupos de especial protección (desplazados por la violencia, pertenecientes a minorías étnicas, discapacitados, pertenecientes a estratos 1 y 2 del Sisbén, etc.).
3. Simplificar los lineamientos técnico-administrativos del programa.
4. Definir una planeación financiera y de cobertura anual del programa entre Departamentos y Municipios No certificados, en la que se definan el costo del programa, las fuentes de financiación de libre destinación, destinación específica, propias y transferidas con las que será financiado por los dos niveles de Gobierno, así como la cobertura en cada municipio no certificado.
5. Unificar la contratación del PAE en cabeza de las 95 ETC.
6. Orientar la contratación y los sistemas de información para medir el número de niños focalizados atendidos y el número de raciones entregadas. Esto significa modificar la unidad de medida de raciones a alumnos beneficiados o titulares de derecho como lo establece la normatividad del programa.
7. Girar la multiplicidad de recursos asignados al programa a una cuenta maestra especial o vehículo financiero especializado a nombre de la entidad territorial certificada, desde la Nación y los municipios no certificados.

8. Ajustar las competencias de los diferentes actores que intervienen en la prestación del servicio de alimentación escolar, con miras a empoderar aún más al rector, al Gobierno Escolar y a la comunidad educativa en el seguimiento y control del programa. Esto significa hacer del rector y del director rural supervisores parciales del contrato de prestación con las responsabilidades que ello implica, apoyado logísticamente por el consejo directivo del establecimiento educativo, y abriendo la posibilidad de que los docentes interesados también apoyen voluntariamente esta labor.
9. Mejorar los tiempos de asignación y giro de los recursos del SGP y del PGN dispuestos para financiar el programa.
10. Frente a un eventual ajuste de los recursos del programa, es evidente que ello es imposible mientras el sector y las entidades territoriales no reporten cifras consistentes sobre su costo actual.

De carácter particular relacionadas con las anteriores.

Frente a la Contratación/supervisión/interventoría de la operación del programa

11. Cada Departamento deberá conformar un listado de aspirantes para un Banco de operadores del PAE, a través de la habilitación de oferentes en su jurisdicción que estén en capacidad de prestar servicios a nivel municipal, provincial (según cercanía de los municipios), y departamental, permitiendo incluir el estudio de la prestación del servicio a nivel departamental y sus respectivas ventajas.
12. La conformación del banco de oferentes en cada Departamento deberá fortalecer los requisitos de capacidad, experiencia e idoneidad de los operadores², según la experiencia adquirida en la operación del programa en los últimos años.
13. El menaje indispensable para la prestación del servicio debe ser puesto por el operador y mantener unos mínimos de calidad y desgaste por uso.
14. Colombia Compra Eficiente asesorará la contratación en las Entidades Territoriales Certificadas, siempre y cuando haya claridad en el número de beneficiarios del PAE, sus grupos etarios, la ubicación exacta de los centros educativos, la infraestructura existente en los centros educativos para determinar a qué se pueden obligar las secretarías de educación en materia de infraestructura y a qué no.
15. Fortalecer la supervisión y/o interventoría de los contratos mediante la entrega de tips por parte de Colombia Compra Eficiente con base en su experiencia, que abarque lo jurídico, contable, financiero, y administrativo, mediante capacitaciones y documentos (cartillas o manuales) que efectúe en las entidades territoriales certificadas y estas a su vez lo repliquen en el interior de su jurisdicción a los rectores y personas designadas para el seguimiento del programa en las instituciones educativas.

Frente al manejo de los recursos del programa

16. Unificar la caja sin importar la fuente de recursos para establecer un manejo contable y presupuestal independiente y exclusivo, para lo cual se reglamentará la posibilidad de concurrencia de diferentes

fuentes de recursos en una cuenta maestra o vehículo financiero especializado que permita identificar con precisión el origen y la destinación de los recursos de cada fuente y un seguimiento y control de la calidad del gasto sin importar los recursos implicados (del Presupuesto General de la Nación, del Sistema General de Participaciones, de Ingresos Propios de las entidades territoriales, del Sistema de Regalías u otros recursos), mediante la expedición de leyes de las diversas fuentes de financiación.

17. Para que las entidades territoriales puedan contratar de forma oportuna la prestación del servicio de alimentación escolar, sería necesario que dentro de los primeros tres años de gobierno se declaren estos proyectos de inversión de importancia estratégica para que aseguren la prestación durante el primer año del siguiente gobierno.

Frente a fortalecer la institución educativa como actor fundamental en el control y seguimiento del programa

18. Fortalecer el papel de las instituciones educativas en cabeza del rector/director rural, coordinador, consejo directivo y docentes de aula en el seguimiento y control del PAE. Por lo tanto, es necesario adicionar a las competencias establecidas en el Decreto 1075 de 2015 Artículo 2.3.10.4.4. "Obligaciones de los Rectores", relacionadas con la supervisión del PAE en el interior de la institución educativa con el fin de fortalecer el rol del establecimiento educativo como el lugar primario donde se brinda la alimentación escolar y en donde se constata de manera directa la calidad de la prestación del servicio. Asimismo, adicionar las del consejo directivo del establecimiento educativo para que apoye al rector en dicha responsabilidad.
19. Las planillas de control de asistencia del PAE en cada sede de las instituciones educativas deberán ser diligenciada por los docentes de aula, según el curso que se encuentre recibiendo el complemento o almuerzo en presencia de una de las manipuladoras de alimentos, de tal manera que este instrumento constituya un verdadero mecanismo de control en la entrega de raciones.

Frente al seguimiento y control del programa

20. Unificar el seguimiento de la ejecución del programam sin importar las fuentes de financiación en el Ministerio de Educación Nacional o en un organismo dedicado a esta actividad adscrito a esta Entidad Nacional.
21. Realizar el seguimiento y control de la ejecución de este servicio con información por alumno focalizado y número de raciones por niño, por lo cual debe modificarse la unidad de medida de raciones a alumnos beneficiados o titulares de derecho como lo establece la normatividad del programa.
22. Se deberá establecer una fecha límite a nivel Nacional para que la prestación del servicio de alimentación escolar inicie con el calendario escolar homogéneo en todo el territorio nacional; se propone que sea el tercer lunes del mes de enero de cada vigencia fiscal, lo cual facilitaría el control y seguimiento del PAE.
23. La Asignación y giro de los recursos del SGP y del presupuesto Nacional, provenientes del Gobierno Nacional y los municipios no certificados, deberá ser consistente con las normas de contratación para que no rñan co n dicha fecha de inicio del calendario escolar.

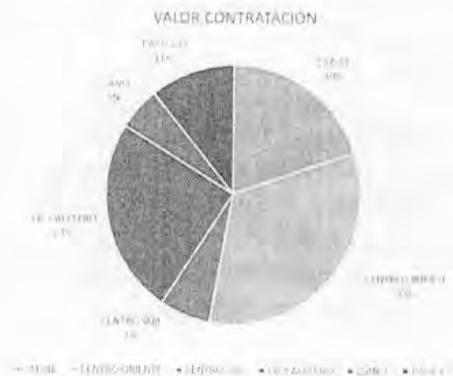
² Al respecto se necesita una flexibilización de los lineamientos PAE para que se pueda contratar a nivel municipal el servicio y que tengan la posibilidad de ofrecer un servicio de calidad sin competir con los grandes consorcios.

ALGUNAS CIFRAS DEL PAE CON CORTE AL 30 DE SEPTIEMBRE DE 2017.

Fuente: Categoría MEN-PAE del CHIP.

Contratación PAE según fuente de recursos y Región

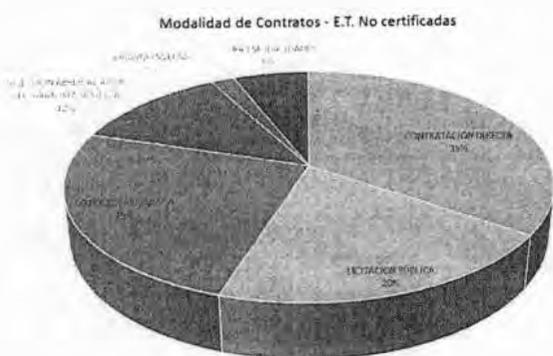
FUENTE DE RECURSOS - CONTRATOS	TOTAL CONTRATACIÓN		ET CERTIFICADAS		ET NO CERTIFICADAS	
	VALOR CONTRATOS	VALOR CONTRATOS (%)	VALOR CONTRATOS	VALOR CONTRATOS (%)	VALOR CONTRATOS	VALOR CONTRATOS (%)
110 INGRESOS CORRIENTES CON DESTINACIÓN ESPECÍFICA - RECURSOS PROPIOS	\$ 595.958.085.711	29%	\$ 489.464.274.179	32%	\$ 16.493.771.531	3%
120 SGP ALIMENTACIÓN ESCOLAR SALDOS NO EJECUTADAS VIGENCIAS ANTERIORES	\$ 15.742.076.457	2%	\$ 29.198.403.601	7%	\$ 3.943.672.857	7%
130 SGP ALIMENTACIÓN ESCOLAR ONCE DOCEAVAS VIGENCIA ACTUAL MAS ULTIMA DOCEAVA VIGENCIA ANTER	\$ 288.591.203.568	14%	\$ 54.841.954.000	4%	\$ 233.749.349.567	47%
350- 430 SGP PROPOSITO GENERAL	\$ 310.075.397.147	15%	\$ 306.125.081.633	7%	\$ 1.950.115.314	1%
510 COFINANCIACION DEPARTAMENTAL	\$ 186.785.246.762	9%	\$ 22.245.767.700	1%	\$ 184.539.484.562	31%
540 TRANSFERENCIAS PARA ALIMENTACION ESCOLAR LEY 1450 DE 2011 MEN	\$ 417.613.298.618	20%	\$ 394.769.254.790	26%	\$ 22.844.043.829	5%
540 TRANSFERENCIAS PARA ALIMENTACION ESCOLAR LEY 1450 DE 2011 ICBF - APLICA VIGENCIA 2014	\$ 99.985.718.657	5%	\$ 96.479.075.340	6%	\$ 3.506.643.317	1%
550 COFINANCIACION ALIMENTACION ESCOLAR ARTICULO 145 LEY 1530 DE 2012 - CONPES 151 DE 2012	\$ 340.066.617.405	17%	\$ 124.921.430.707	8%	\$ 15.145.186.698	3%
610 DONACIONES	\$ 1.723.723.832	0%	\$ 1.153.884.864	0%	\$ 569.838.968	0%
NUEVO SISTEMA GENERAL DE REGAÍAS	\$ 133.455.318.756	7%	\$ 116.895.871.114	8%	\$ 16.559.447.642	3%
OTRAS FUENTES	\$ 118.469.404.490	6%	\$ 308.085.813.659	7%	\$ 10.383.590.831	2%
TOTAL GENERAL	\$ 2.039.742.427.571	100%	\$ 1.543.026.921.222	100%	\$ 496.715.506.349	100%



- En la categoría MEN - PAE del CHIP se reportó una inversión total de \$2,04 billones para financiar contratos destinados al PAE.
- El 76% de la inversión la realizan las ETC (\$1,54 billones), mientras el 24% la contratan las ETNC (\$0,497 billones).
- Las ETC financian el PAE en un 32% con ICLD, mientras que para las ETNC solamente el 3% corresponde a recursos de libre destinación.
- A nivel regional, el 57% de la contratación se realiza en el Eje Cafetero (24%) y en la región Centro Oriente (33%). En el Caribe se contrata el 20% de los recursos destinados al PAE, en el Pacífico el 11% y en la región Centro Sur y en el Llano el 7% y 5% respectivamente.
- El valor de la inversión de las ETC (\$1,54 billones) más la cofinanciación departamental a ETNC (\$0,16 billones) totaliza \$1,7 billones, cifra similar a la inversión calculada por la Gerencia PAE.

Modalidad de contratación PAE

MODALIDAD DE CONTRATO	TOTAL CONTRATACIÓN		ET CERTIFICADAS		ET NO CERTIFICADAS	
	VALOR CONTRATOS	VALOR CONTRATOS (%)	VALOR CONTRATOS	VALOR CONTRATOS (%)	VALOR CONTRATOS	VALOR CONTRATOS (%)
CONTRATACION DIRECTA	\$ 539.144.567.568	26%	\$ 366.588.744.635	24%	\$ 172.755.822.933	35%
LICITACION PUBLICA	\$ 976.501.777.085	48%	\$ 676.092.277.055	47%	\$ 300.409.500.029	20%
SELECCION ABREVIADA	\$ 189.424.826.387	9%	\$ 64.904.164.375	4%	\$ 124.520.662.012	25%
SELECCION ABREVIADA POR DECLARATORIA DE SI RITA	\$ 83.695.710.325	4%	\$ 23.006.026.343	1%	\$ 60.689.683.982	12%
SUBASTA INVERSA	\$ 133.851.471.633	7%	\$ 124.792.452.055	8%	\$ 9.059.019.579	2%
OTRAS MODALIDADES	\$ 117.124.074.572	6%	\$ 87.843.256.750	6%	\$ 29.280.817.814	6%
TOTAL GENERAL	\$ 2.039.742.427.571	100%	\$ 1.543.026.921.222	100%	\$ 496.715.506.349	100%



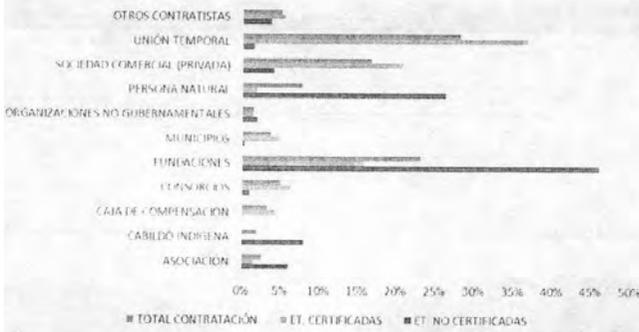
- Del valor total de los contratos PAE, el 48% se contrata mediante licitación pública y el 26% a través de contratación directa, mientras que la selección abreviada solamente representa el 9% de la contratación total.
- Se evidenciaron grandes diferencias en las modalidades de contratación entre ETC y ETNC.
- La modalidad más representativa en el caso de las ETC es la licitación pública (57%), seguido por la contratación directa (24%). Por su parte, las ETNC contratan principalmente a través de contratación directa (35%), pero también utilizan de manera significativa la selección abreviada (25%) y la licitación pública (20%).

Tipo de Contratistas PAE

TIPO DE CONTRATISTA	TOTAL CONTRATACIÓN			ET CERTIFICADAS			ET NO CERTIFICADAS		
	VALOR CONTRATOS	VALOR CONTRATOS (%)		VALOR CONTRATOS	VALOR CONTRATOS (%)		VALOR CONTRATOS	VALOR CONTRATOS (%)	
ASOCIACIÓN	\$4.452.657.583	3%		24.282.672.747	2%		30.169.984.836	6%	
CABILDO INDÍGENA	42.466.618.241	2%		2.314.572.943	0%		40.152.045.698	8%	
CAJA DE COMPENSACIÓN	69.192.699.782	3%		68.772.605.482	4%		420.090.300	0%	
CONSORCIOS	105.157.734.307	5%		99.916.227.363	6%		5.241.506.944	1%	
FUNDACIONES	474.408.905.042	23%		245.106.437.954	16%		229.302.467.088	46%	
MUNICIPIOS	77.130.488.379	4%		75.182.391.045	5%		1.948.097.334	0%	
ORGANIZACIONES NO GUBERNAMENTALES	33.005.396.808	2%		22.769.632.446	1%		10.235.764.362	2%	
PERSONA NATURAL	160.994.645.980	8%		29.928.216.158	2%		131.066.429.822	26%	
SOCIEDAD COMERCIAL (PRIVADA)	342.047.064.760	17%		321.207.751.213	21%		20.839.313.547	4%	
UNIÓN TEMPORAL	576.412.501.867	28%		568.215.500.947	37%		8.197.000.920	2%	
OTROS CONTRATISTAS	104.473.714.822	5%		85.330.909.324	6%		19.142.805.497	4%	
TOTAL GENERAL	\$ 2.039.742.427.571	100%		\$ 1.543.026.921.222	100%		\$ 496.715.506.349	100%	

Nota: Otros: Cooperativas, empresas del estado, establecimientos públicos, iglesias, organización indígena, sociedades de economía mixta, universidades, etc.
Fuente: Elaboración DAI - MIREP a partir de reporte MEN - PAE - Contratos

TIPO DE CONTRATISTA



- En cuanto al tipo de contratista, a nivel consolidado se contrata la operación del PAE con uniones temporales (28%), fundaciones (23%), sociedades comerciales (17%) y personas naturales (8%). No obstante, se evidencian amplias diferencias entre ET.

- Las ETC operan uniones temporales y sociedades comerciales, pero no contratan de manera representativa con personas naturales. En cuanto a fundaciones, si bien corresponden al 16% del total, su representatividad es mucho menor que en el caso de las ETNC.
- En contraste, las ETNC contratan fundamentalmente con fundaciones, personas naturales, y también, aunque en menor magnitud, con cabildos indígenas (8%) y asociaciones (6%). En este sentido, y a diferencia de las ETC, las uniones temporales y las sociedades comerciales solamente representan el 6% de la composición total.

TIPO DE CONTRATISTA	CARIBE	CENTRO ORIENTE	CENTRO SUR	EJE CAFETERO	LLANO	PACÍFICO
ASOCIACIÓN	1%	2%	0%	4%	9%	5%
ASOCIACIÓN DE AUTORIDADES TRADICIONALES INDÍGENAS	3%	0%	0%	0%	0%	5%
ASOCIACIÓN DE PADRES DE FAMILIA	0%	0%	0%	0%	5%	1%
CABILDO INDÍGENA	1%	0%	0%	0%	0%	18%
CAJA DE COMPENSACIÓN	0%	10%	0%	0%	0%	0%
CONSORCIOS	18%	8%	0%	2%	1%	1%
COOPERATIVA	0%	1%	8%	2%	0%	0%
DEPARTAMENTO	0%	0%	0%	0%	0%	0%
EMPRESAS COMERCIALES E INDUSTRIALES DEL ESTADO	0%	0%	0%	1%	0%	0%
ESTABLECIMIENTOS PÚBLICOS	0%	3%	0%	0%	0%	0%
FUNDACIONES	38%	19%	19%	12%	15%	40%
IGLESIA	0%	0%	0%	0%	1%	0%
INSTITUCIÓN EDUCATIVA	0%	0%	0%	0%	0%	0%
MUNICIPIOS	0%	0%	0%	0%	0%	0%
NO APLICA	0%	0%	0%	1%	0%	0%
ORGANIZACIÓN INDÍGENA	0%	0%	2%	0%	0%	0%
ORGANIZACIONES NO GUBERNAMENTALES	5%	0%	4%	1%	0%	0%
PERSONA NATURAL	1%	2%	1%	26%	3%	1%
SIN REPORTE	0%	0%	0%	0%	0%	0%
SOCIEDAD COMERCIAL (PRIVADA)	8%	36%	0%	4%	17%	11%
SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA	0%	0%	0%	0%	0%	0%
UNIÓN TEMPORAL	24%	23%	65%	30%	48%	17%
UNIVERSIDAD	0%	1%	0%	0%	0%	0%
VALOR CONTRATACIÓN	\$ 403.261.110.282	\$ 676.260.117.231	\$ 131.513.066.653	\$ 498.476.977.152	\$ 109.772.974.553	\$ 220.458.181.702

- En la totalidad de regiones se contrata de manera significativa con fundaciones, pero se acentúa en la región Pacífico (40% del total de la región) y el Caribe (38%).
- La relación es inversa en cuanto a uniones temporales: se acentúa en la región Centro Sur (65%), Llano (48%) y Eje Cafetero (30%), y es menor en el Pacífico y el Caribe.

- La contratación con personas naturales se concentra fundamentalmente en el Eje Cafetero, mientras que con sociedad comercial en el Centro Oriente.

Contratación según concepto de inversión.

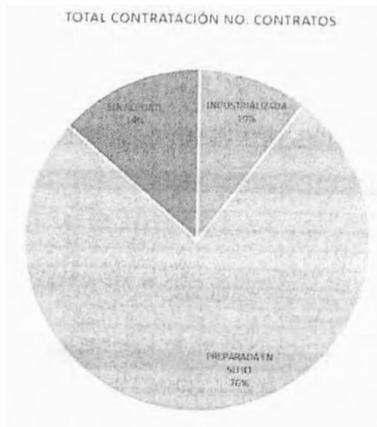
CONCEPTO DE INVERSIÓN	TOTAL CONTRATACIÓN			ET CERTIFICADAS			ET NO CERTIFICADAS		
	VALOR CONTRATOS	VALOR CONTRATOS (%)		VALOR CONTRATOS	VALOR CONTRATOS (%)		VALOR CONTRATOS	VALOR CONTRATOS (%)	
COMPRA DE ALIMENTOS	\$ 651.852.861.201	32%		\$ 348.741.220.761	23%		\$ 303.111.640.440	61%	
CONTRATACIÓN CON TERCEROS PARA LA PROVISIÓN INTEGRAL DEL SERVICIO DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR	\$ 1.287.348.487.961	63%		\$ 1.123.257.772.623	73%		\$ 164.090.715.338	33%	
CONTRATACIÓN DE PERSONAL PARA LA PREPARACIÓN DE ALIMENTOS	\$ 21.116.329.116	1%		\$ 11.005.612.624	1%		\$ 10.110.716.492	2%	
MANTENIMIENTO, DOTACIÓN Y SU REPOSICIÓN PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR	\$ 15.944.149.763	0%		\$ 186.199.030	0%		\$ 15.757.950.733	3%	
SEGUIMIENTO, INTERVENTORÍA Y CONTROL	\$ 62.108.892.606	3%		\$ 59.836.116.184	4%		\$ 2.272.776.422	0%	
OTROS CONCEPTOS	1.371.706.924	0%		0	0%		1.371.706.924	3%	
TOTAL GENERAL	\$ 2.039.742.427.571	100%		\$ 1.543.026.921.222	100%		\$ 496.715.506.349	100%	

Nota: Otros: obras, infraestructura, transporte de alimentos, sin reporte
Fuente: Elaboración DAI - MIREP a partir de reporte MEN - PAE - Contratos

- De acuerdo con el reporte MEN - PAE, el 95% de la inversión se reporta como contratación con terceros para la provisión integral del servicio y la compra de alimentos.
- Solamente el 3% de la inversión se destina a la interventoría y control del programa. Debido a lo

anterior y teniendo en cuenta la debilidad en la capacidad institucional de las ET para realizar un seguimiento adecuado al PAE, se puede concluir que la supervisión que se realiza a su operación se constituye como uno de los riesgos más importantes del programa.

Contratación según tipo de Preparación y tipo de Ración



- Del total de los contratos reportados en la categoría MEN - PAE: Servicio Contratado, el 76% fueron para la contratación de alimentos preparados en sitio y el 10% para ración industrializada, mientras que el 14% de los contratos no reportan el tipo de preparación.
- No es posible realizar el análisis de las raciones contratadas según tipo de preparación ni tipo de ración, en la medida en que el reporte realizado por las ETC respecto a las raciones diarias es inadecuado.

Días contratados según certificación ET en Educación

DIAS CONTRATADOS SEGÚN CERTIFICACIÓN EN EDUCACIÓN		TOTAL CONTRATACIÓN	ET. CERTIFICADAS	ET. NO CERTIFICADAS
NO. CONTRATOS		2092	807	1285
PROMEDIO		86,0	90,0	83,5
MÁXIMO		179	179	179
MÍNIMO		1	3	1
DESVIACIÓN ESTANDAR		40,9	37,8	42,6

Nota: Solamente tuvo en cuenta reportes con un máximo de 180 días de contratación del calendario escolar y al menos un día de contratación.
Fuente: Elaboración DAF - MHCP a partir de reporte MEN - PAE: Servicio Contratado



- Los contratos del PAE se realizan para garantizar la prestación del servicio durante 86 días, en promedio, lo cual equivale a menos del XX% del total del calendario escolar.
- En términos generales, se puede observar que no existen diferencias relevantes entre ETC y ETNC respecto a los días contratados para la prestación del servicio PAE.

Valor Ración Según tipo de preparación, certificación ET en Educación y Región

VALOR RACIÓN SEGÚN TIPO DE PREPARACIÓN		TOTAL CONTRATACIÓN	PREPARADA EN SITIO	INDUSTRIALIZADA
NO. CONTRATOS		2.054	1.806	248
PROMEDIO		\$ 2.009	\$ 1.988	\$ 2.166
MÁXIMO		\$ 7.397	\$ 7.397	\$ 6.500
MÍNIMO		\$ 532	\$ 532	\$ 929
DESVIACIÓN ESTANDAR		\$ 877	\$ 881	\$ 836

Nota: Solamente tuvo en cuenta reportes con un valor máximo de \$10.000 por ración y un mínimo de \$500.
Fuente: Elaboración DAF - MHCP a partir de reporte MEN - PAE: Servicio Contratado

VALOR RACIÓN SEGÚN CERTIFICACIÓN DE ET EN EDUCACIÓN		TOTAL CONTRATACIÓN	ET. CERTIFICADA	ET. NO CERTIFICADA
NO. CONTRATOS		2.054	789	1.265
PROMEDIO		\$ 2.009	\$ 2.025	\$ 2.000
MÁXIMO		\$ 7.397	\$ 6.500	\$ 7.397
MÍNIMO		\$ 532	\$ 532	\$ 600
DESVIACIÓN ESTANDAR		\$ 877	\$ 904	\$ 860

Nota: Solamente tuvo en cuenta reportes con un valor máximo de \$10.000 por ración y un mínimo de \$500.
Fuente: Elaboración DAF - MHCP a partir de reporte MEN - PAE: Servicio Contratado

VALOR RACIÓN SEGÚN REGIÓN		NO. CONTRATOS	PROMEDIO	MÁXIMO	MÍNIMO	DESVIACIÓN
CARIBE		335	\$ 2.010	\$ 6.831	\$ 532	\$ 838
CENTRO ORIENTE		534	\$ 2.016	\$ 7.397	\$ 908	\$ 908
CENTRO SUR		148	\$ 2.096	\$ 5.470	\$ 875	\$ 841
EJE CAFETERO		635	\$ 1.906	\$ 6.125	\$ 665	\$ 823
LLANO		106	\$ 2.233	\$ 5.350	\$ 971	\$ 942
PACÍFICO		296	\$ 2.094	\$ 5.550	\$ 929	\$ 944
Total contratación		2054	\$ 2.009	\$ 7.397	\$ 532	\$ 877

Nota: Solamente tuvo en cuenta reportes con un valor máximo de \$10.000 por ración y un mínimo de \$500.
Fuente: Elaboración DAF - MHCP a partir de reporte MEN - PAE: Servicio Contratado



CONCEPTO JURÍDICO DEL MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 219 DE 2018 SENADO, 028 DE 2017 CÁMARA

por medio de la cual se expiden normas para garantizar beneficios sociales focalizados a los pescadores de subsistencia, comercial artesanal o de pequeña escala.

Bogotá, D. C.

Doctora

DELCY HOYOS ABAD

Comisión Quinta Constitucional

Senado de la República

Carrera 7 N.º 8-68

Ciudad

Asunto: Concepto sobre el Proyecto de ley número 219 de 2018 Senado, 028 de 2017 Cámara, por medio de la cual se expiden normas para garantizar beneficios sociales focalizados a los pescadores de subsistencia, comercial artesanal o de pequeña escala.

Cordial saludo:

Teniendo en cuenta que la iniciativa de la referencia está pendiente de surtir primer debate en esa Corporación, tercero en el *iter* legislativo, se hace necesario emitir el concepto institucional desde la perspectiva del Sector Salud y Protección Social. Para tal cometido, se toma como fundamento el texto publicado en la *Gaceta del Congreso* número 289 de 2018.

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

1. CONTENIDO

La propuesta legislativa dispone:

Artículo 1º. Objeto. La presente ley tiene por finalidad establecer medidas tendientes a proteger la integridad, el mínimo vital y la sostenibilidad socioeconómica del pescador de subsistencia, comercial artesanal o de pequeña escala¹.

Desde esta óptica, el proyecto de ley se compone de cinco (5) capítulos incluyendo preceptos relativos a: disposiciones generales (Cap. I, artículos 1º a 3), institucionalidad (Cap. II, artículos 4º a 9º), mecanismos de protección social a la pesca artesanal (Cap. III, artículos 10 a 13), mecanismos de promoción de la competitividad de la pesca artesanal (Cap. IV, artículos 14 a 15) y sanciones (Cap. V, artículos 16 a 19).

2. CONSIDERACIONES

2.1. En primer lugar, es pertinente advertir que el artículo 48 de la Constitución Política de 1991 establece lineamientos superiores en materia de Seguridad Social, al contemplar que: “[...] La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en

sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley [...]”.

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

“[...] en relación con la aplicación del **principio de solidaridad** en materia de seguridad social, la Corte ha considerado que (i) este permite que el derecho a la seguridad social se realice, si es necesario, a través de la exigencia de prestaciones adicionales por parte de las entidades que han cumplido con todas sus obligaciones prestacionales, conforme a lo establecido en las leyes [...] el principio aludido también impone un compromiso sustancial del Estado en cualquiera de sus niveles (nación, departamento, municipio), así como de los empleadores públicos y privados en la protección efectiva de los derechos fundamentales de los trabajadores y de sus familias; (ii) implica que todos los partícipes de este sistema deben contribuir a su sostenibilidad, equidad y eficiencia, lo cual explica que sus miembros deban en general cotizar, no solo para poder recibir los distintos beneficios, sino además para preservar el sistema en su conjunto; (iii) la ley puede, dentro de determinados límites, estructurar la forma cómo los distintos agentes deben cumplir con su deber de solidaridad; (iv) los aportes deben ser fijados de conformidad con criterios de progresividad, que permitan que quienes más capacidad contributiva tengan, aporten en proporciones mayores; (v) si bien es uno de aquellos considerados fundamentales por el primer artículo de la Constitución, no tiene por ello un carácter absoluto, ilimitado, ni superior frente a los demás que definen el perfil del Estado Social de Derecho, sino que la eficacia jurídica de otros valores, principios y objetivos constitucionales puede acarrear su restricción, mas no su eliminación; (vi) conforme a lo prescrito por el artículo 95 superior, el principio de solidaridad genera deberes concretos en cabeza de las personas, no puede en cambio hablarse de correlativos derechos subjetivos concretamente exigibles en materia de seguridad social, emanados directamente de tal principio constitucional; (vii) no es tan amplio el principio de solidaridad social dispuesto en nuestra Carta Política, como para suponer en toda persona el deber de responder con acciones humanitarias, sin límite alguno, ante situaciones que pongan en peligro su vida o la salud de los demás; (viii) exige la ayuda mutua entre las personas afiliadas, vinculadas y beneficiarias, independientemente del sector económico al cual pertenezcan, y sin importar el estricto orden generacional en el cual se encuentren; (ix) implica las reglas según las cuales el deber de los sectores con **mayores recursos económicos** de contribuir al financiamiento de la seguridad social de las personas de escasos ingresos, y la obligación de la sociedad entera o de alguna parte de ella, de colaborar en la protección de la seguridad social de las personas que por diversas circunstancias están imposibilitadas para procurarse su propio sustento y el de su familia [...]”^{2,3} [Énfasis fuera del texto].

De esta manera, en desarrollo del mandato constitucional, mediante la Ley 100 de 1993: “Por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones”, se creó el Sistema de Seguridad Social Integral (SSSI), cuya cobertura se

¹ CONGRESO DE LA REPÚBLICA, *Gaceta del Congreso* número 289 de 2018.

² CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-1000 del 21 de noviembre de 2007, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

³ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencias T-434 del 30 de mayo de 2002, M. P. Rodrigo Escobar Gil; C-459 del 11 de mayo de 2004, M. P. Jaime Araújo Rentería; inter alia.

despliega bajo cuatro dispositivos básicos, a saber: **i)** El Sistema General de Pensiones (SGP), **ii)** El Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), **iii)** El Sistema General de Riesgos Laborales (SGRL)⁴ y, **iv)** Los Servicios Sociales Complementarios (SSC).

2.2. A su turno, es dable manifestar que dentro del marco del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) estipulado en la Ley 100 de 1993, se prevén los regímenes contributivo y subsidiado:

(i) Régimen Contributivo⁵: Definido como el conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos y las familias al SGSSS, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización, individual y familiar, o un aporte económico previo financiado directamente por el afiliado o en concurrencia entre este y su empleador; donde por disposición del legislador deben afiliarse las personas con capacidad de pago, esto es, los individuos vinculados mediante contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y los trabajadores independientes con capacidad de pago, así como los rentistas de capital.

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

“[...] La Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia ha atribuido a las cotizaciones efectuadas al Sistema de Seguridad Social en Salud, el carácter de contribuciones parafiscales, definidas como gravámenes establecidos con **carácter obligatorio por la ley** para un determinado sector, en que tales recursos se utilizan en su beneficio [...] Las contribuciones parafiscales no son otra cosa que un instrumento de intervención del Estado en la economía destinado a extraer recursos de un sector económico, para ser invertidos en el propio sector [...]”⁶. [Énfasis fuera del texto].

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

(ii) Régimen Subsidiado⁷: Definido como el conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos al SGSSS, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización subsidiada, total o parcialmente, la cual tiene como propósito financiar la atención en salud a las personas pobres y vulnerables y sus grupos familiares que no tienen capacidad de cotizar.

Naturalmente, la ley contempló como población prioritaria para su afiliación al régimen subsidiado a las personas pobres y vulnerables del país, es decir, las clasificadas en los niveles I o II del Sisbén. De ahí que sea responsabilidad y esté a cargo de las Entidades Territoriales la operación de los procesos, en virtud de las competencias descentralizadas frente al bienestar de la población en el ámbito de la respectiva jurisdicción. Desde luego, los departamentos, municipios y distritos tienen funciones específicas frente a la identificación y afiliación de la población objeto, así como sobre la inversión, contratación y seguimiento de la ejecución de los recursos con los cuales se financia el aseguramiento en salud de la población sujeta a este régimen.

2.3. Acorde con lo anterior y frente al artículo 12 del proyecto y demás apartes concordantes, se tiene que en lo

referente a la afiliación al Régimen Subsidiado en Salud se debe precisar su contenido de conformidad con la normatividad vigente, en efecto, la citada Ley 100, en el artículo 157, literal A, numeral 2, incluye como destinatarios primordiales en este tipo de vinculación a “[...] *la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana* [...]”, donde cobran particular importancia los grupos especiales que allí se mencionan, tales como:

“[...] las madres durante el embarazo, parto y posparto y período de lactancia, las madres comunitarias, las mujeres cabeza de familia, los niños menores de un año, los menores en situación irregular, los enfermos de Hansen, las personas mayores de 65 años, [las personas en situación de discapacidad]⁸, los campesinos, las comunidades indígenas, los trabajadores y profesionales independientes, artistas y deportistas, toreros y sus subalternos, periodistas independientes, maestros de obra de construcción, albañiles, taxistas, electricistas, desempleados y demás personas sin capacidad de pago”.

Con esa finalidad, cabe anotar que el artículo 2.1.5.1 del Decreto 780 de 2016: “*Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social*”, refiere como afiliados al Régimen Subsidiado, a aquellas personas que sin tener las calidades para ser afiliados en el Régimen Contributivo, especiales o de excepción, cumplan con lo siguiente:

“**Artículo 2.1.5.1. Afiliados al régimen subsidiado.** Son afiliados en el Régimen Subsidiado las personas que sin tener las calidades para ser afiliados en el Régimen Contributivo o al Régimen Especial o de Excepción, cumplan las siguientes condiciones:

1. Personas identificadas en los niveles I y II del Sisbén o en el instrumento que lo reemplace, de acuerdo con los puntos de corte que adopte el Ministerio de Salud y Protección Social.
2. Personas identificadas en el nivel III del Sisbén o en el instrumento que lo reemplace que, a la vigencia de la Ley 1122 de 2007, se encontraban afiliados al Régimen Subsidiado.
3. Personas que dejen de ser madres comunitarias o madres sustitutas y sean beneficiadas del subsidio de la Subcuenta de Subsistencia del Fondo de Solidaridad Pensional [...].
4. Población infantil abandonada y aquella perteneciente al Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes a cargo del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar [...].
5. Menores desvinculados del conflicto armado [...].
6. Población infantil vulnerable bajo protección en instituciones diferentes al ICBF [...].
7. Comunidades Indígenas [...].
8. Población desmovilizada [...].
9. Adultos mayores en centros de protección [...].
10. Población Rom [...].
11. Personas incluidas en el Programa de Protección a Testigos [...].
12. Víctimas del conflicto armado [...].
13. Población privada de la libertad a cargo de las entidades territoriales [...].
14. Población migrante colombiana repatriada o que ha retornado voluntariamente al país o han sido deportados o expulsados de la República Bolivariana de Venezuela y su núcleo familiar [...].
15. Población habitante de calle [...]”.

⁴ Cfr. Ley 1562 de 2012: “Por la cual se modifica el Sistema de Riesgos Laborales y se dictan otras disposiciones en materia de Salud Ocupacional”.

⁵ Cfr. Artículo 202 de la Ley 100 de 1993.

⁶ **CORTE CONSTITUCIONAL**, Sentencia C-430 de 2009, M. P. Juan Carlos Henao Pérez.

⁷ Cfr. Artículo 211 de la Ley 100 de 1993.

⁸ Cfr. **CORTE CONSTITUCIONAL**, Sentencia C-458 de 2015, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Como se puede evidenciar, esta norma abarca de forma extensa un conjunto de personas que tienen derecho a acceder al Régimen Subsidiado, aspecto que le ha permitido al país avanzar hacia una cobertura general en el aseguramiento en salud en sus Regímenes Contributivo, Subsidiado, de Excepción y Especiales del 94.36% de afiliados en todo el territorio nacional, porcentaje que cada vez nos acerca más hacia la universalidad en la afiliación en salud⁹.

A todo esto, no se puede perder de vista que los pescadores de subsistencia, comercial artesanal o de pequeña escala de los que trata la propuesta *sub examine*, pueden adquirir paralelamente la calidad de alguna de las poblaciones especiales aludidas en el artículo 2.1.5.1 del Decreto 780 de 2016 para concretar su afiliación a dicho régimen, máxime cuando la exposición de motivos del proyecto de ley, no es elocuente al referenciar situaciones en las cuales a este grupo de trabajadores se les hubiese impedido la afiliación al Régimen Subsidiado, una vez se cumpla con los presupuestos para acceder a este.

En estos términos, se presenta la posición del Ministerio de Salud y Protección Social en lo relativo a la iniciativa legislativa de la referencia. Se advierte que por las razones expuestas el proyecto de ley devendría inconstitucional e inconveniente, toda vez que existe normatividad de base que regula la materia en el ámbito del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) y, particularmente, en lo atinente al Régimen Subsidiado, por tanto, se solicita al Honorable Congreso de la República, respetuosamente, considerar su archivo.

Atentamente,



JUAN PABLO URIBE RESTREPO |
Ministro de Salud y Protección Social

CONTENIDO

Gaceta número 1156 - jueves 27 de diciembre de 2018

SENADO DE LA REPÚBLICA
CONCEPTOS JURÍDICOS

Págs.

Concepto Jurídico del Ministerio de Salud al proyecto de ley número 05 de 2018 Senado, por la cual se establece el reajuste anual de pensiones.....	1
Concepto Jurídico del Ministerio de Hacienda y Crédito Público al informe de ponencia para segundo debate del proyecto de ley 54 de 2018 Senado, por medio de la cual se incluye sin costo adicional un paquete de productos y/o servicios financieros por el pago de la cuota de manejo de las tarjetas débito y crédito....	3
Concepto Jurídico de la Autoridad Nacional de Televisión al proyecto de ley número 152 senado de 2018, por la cual se moderniza el sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC), se distribuyen competencias, se suprime la Autoridad Nacional de Televisión, y se dictan otras disposiciones	7
Concepto jurídico del Ministerio de Hacienda y Crédito Público a la ponencia para segundo debate del proyecto de ley número 213 de 2018 Senado, por el cual se crea el Sistema Nacional para la Seguridad Alimentaria y Nutricional (Sinsan), se crea la Agencia Nacional de Seguridad Alimentaria (Ansan) y se establecen otras disposiciones.....	16
Concepto jurídico del Ministerio de Salud y Protección Social al proyecto de ley número 219 de 2018 senado, 028 de 2017 cámara, por medio de la cual se expiden normas para garantizar beneficios sociales focalizados a los pescadores de subsistencia, comercial artesanal o de pequeña escala.	26

⁹ Cfr. <https://www.minsalud.gov.co/proteccionsocial/Paginas/cifras-aseguramiento-salud.aspx>