

**"EL CONGRESO DE COLOMBIA
DECRETA:**

(...)

Artículo 20. Inspección, vigilancia y control. La inspección, vigilancia y control frente al cuidado y protección de la salud mental quedará a cargo del Ministerio de Salud y Protección Social.

El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones brindará acompañamiento en el componente de la sensibilización frente a los riesgos generados en entornos digitales."

Al respecto el inciso primero del artículo 20 del proyecto de ley de la referencia, es inconstitucional e inconveniente en cuanto contraviene:

- El artículo 209 de la Constitución Política que establece la función administrativa.
- El diseño del Sistema General de Seguridad Social en Salud.
- La reserva de ley de la potestad sancionatoria del Estado.

A continuación, se exponen las razones que fundamentan las objeciones.

2.2. Objeciones por inconstitucionalidad

2.2.1. De la vulneración al artículo 209 de la Constitución Política de Colombia

El Proyecto de Ley No. 162 de 2023 Senado – 359 de 2024 Cámara, objeto del presente concepto pretende establecer en su artículo 20 la función de inspección, vigilancia y control, frente al cuidado y protección de la salud mental, a cargo del Ministerio de Salud y Protección Social.

No obstante, lo pretendido vulnera a todas luces lo consagrado en el artículo 209¹

¹ Ver Constitución Política: "ARTÍCULO 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía,

de la Constitución Política. Al respecto de este artículo, la jurisprudencia constitucional ha determinado:

*"El artículo 209 Superior establece los principios, objeto y el control de la función administrativa, distinguiéndolos como lo ha señalado esta Corporación, entre principios finalísticos, funcionales y organizacionales. Entre los primeros (finalísticos), tenemos que la función administrativa propiamente dicha, se encuentra al servicio de los intereses generales del Estado; entre los funcionales se encuentran la igualdad, la moralidad, la eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad; y, por último, entre los organizacionales se hallan la descentralización, desconcentración y delegación de funciones."*²

En este sentido, uno de los principios organizacionales fundamentales de la función administrativa es la adecuada organización y funcionamiento de las entidades en los niveles nacional, departamental y municipal.

Para el caso objeto de este escrito, debemos referirnos a la organización y funcionamiento de los Ministerios y de las Superintendencias, entidades del nivel nacional, consagradas en la Ley 489 de 1998 y cuyos objetos esenciales son diametralmente diferentes, siendo la primera, la encargada de la formulación y adopción de las políticas, planes generales, programas y proyectos del Sector Administrativo que dirigen (artículo 58), y la segunda, la que desarrolla funciones de inspección y vigilancia atribuidas por la ley o mediante delegación que haga el Presidente de la República previa autorización legal (artículo 66).

De acuerdo con lo anterior, lo pretendido en el artículo 20 de la iniciativa legislativa ya mencionada, devendría en una desnaturalización de las funciones del Ministerio de Salud y Protección Social, órgano rector del sector salud, que no ejerce funciones de inspección, vigilancia y control.

Las funciones de inspección, vigilancia y control del sector salud corresponden a la Superintendencia Nacional de Salud, entidad que de acuerdo a lo consagrado en la Ley 1122 de 2007 por medio de la cual se crea el Sistema de Inspección,

celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones."
² Ver Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-561 de 1999

Vigilancia y Control del Sistema General de Seguridad Social en Salud, en cabeza de la Superintendencia Nacional de Salud, debe ejercer las mencionadas funciones de acuerdo a los siguientes ejes: financiamiento, aseguramiento, prestación de servicios de atención en salud pública, atención al usuario y participación social, acciones y medidas especiales, información y focalización de los subsidios en salud.

Con todo, no es viable atribuir las funciones de inspección, vigilancia y control al Ministerio de Salud y Protección Social ya que es el mismo organismo que formula, adopta y diseña los programas del sector administrativo de salud.

Así las cosas, la sanción de la presente iniciativa legislativa contrariaría las disposiciones constitucionales que protegen la función administrativa y la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional.

2.2.2. Reserva legal de la facultad sancionatoria.

El artículo 230 de la Ley 100 de 1993 establece que el régimen sancionatorio estará a cargo de la Superintendencia Nacional de Salud, desarrollando así su aplicación y funcionamiento.

Sobre este respecto es menester señalar que la potestad sancionatoria del Estado cuenta con reserva de ley, y solo será admisible trasladar dicha potestad a la Rama Ejecutiva, como lo pretende la presente iniciativa legislativa, cuando se cumplan con ciertas condiciones y requisitos en específicos, mencionados por la el Consejo de Estado donde se indica que frente al derecho administrativo sancionatorio, la jurisprudencia establece que ciertos elementos esenciales deben estar definidos por ley, como es la conducta sancionable, la sanción correspondiente, la autoridad competente y el procedimiento para imponerla, y aunque se permite mayor flexibilidad que en el derecho penal, incluyendo conductas indeterminadas y tipos en blanco, el legislador debe garantizar un contenido mínimo normativo. Esto implica describir los elementos básicos de la conducta sancionada y establecer el tipo y la cuantía de las sanciones.³

³ Sentencia de la Sección Tercera – Subsección A del Consejo de Estado. Radicado No. 11001-03-26-000-2021-00207-00 de 2023 "En virtud de lo precedente, en el derecho administrativo sancionatorio, la jurisprudencia ha señalado que, al menos de forma general, los siguientes aspectos o elementos deben ser

Adicionalmente se indica que, no solo la asignación de la función de inspección, vigilancia y control tiene reserva legal, sino que debe contar con criterios también creados por la ley para su ejercicio, como lo ha señalado la Corte Constitucional⁴.

Como se puede ver, en el proyecto de ley objeto de este concepto no se cumplen con los requisitos mínimos para trasladar la facultad sancionatoria que ejerce la Superintendencia Nacional de Salud al Ministerio de Salud y Protección Social, lo cual contraviene a todas luces lo estipulado por el Honorable Corte Constitucional y Consejo de Estado, generando una posible omisión legislativa relativa⁵ y, lo que devendría en una ley etérea que no podría ser cumplida, comprometiendo los derechos de los niños, niñas y adolescentes, población objeto del proyecto de ley.

previstos en la ley, dado su carácter esencial o estructural: // i) la descripción de la conducta que da lugar a la sanción; // ii) la determinación de la sanción; // iii) la autoridad competente para aplicarla y iv) el procedimiento para su imposición. (...) // En ese contexto, existe una "mayor flexibilidad que se admite en la tipificación de las conductas en materia sancionatoria administrativa, según en la cual es posible la definición de conductas indeterminadas y la utilización de la técnica de tipos en blanco", de ahí que "las conductas o comportamientos que constituyen falta administrativa, no tienen por qué ser descritos con la misma minuciosidad y detalle que se exige en materia penal, permitiendo así una mayor flexibilidad en la adecuación típica". La referida flexibilidad, de acuerdo con la jurisprudencia, implica que es necesario que el legislador incluya un contenido mínimo o adopte las decisiones básicas relativas a la definición, los alcances, los fines de las infracciones y sanciones, bajo lo que sería una "carga mínima de intensidad normativa", lo que implica describir los elementos básicos de la conducta típica que será sancionada, así como la determinación del tipo y cuantía de las sanciones que serán impuestas." (subrayado fuera de texto).

⁴ Corte Constitucional sentencia C-782 de 2007: "Por consiguiente, concluye la Sala, en primer término, que la facultad de inspección y vigilancia tiene un origen constitucional y un fundamento legal, ya que su ejercicio sólo procede de conformidad con lo dispuesto por la Constitución y a partir de los parámetros y criterios generales determinados previamente por el Legislador. // En segundo lugar, que cuando el Presidente de la República o el Gobierno ejercen funciones de inspección y vigilancia, en armonía con lo dispuesto por el artículo 189 Superior, lo deben hacer siempre con fundamento en la regulación legal previamente existente, por cuanto la finalidad de la inspección y vigilancia es la de evaluar si se ha cumplido o no a cabalidad la ley. // Finalmente, la Corte reitera que la facultad de vigilancia e inspección constituye una facultad de control, entendida ésta como el poder de determinar la conformidad con la ley, esto es, encaminada a verificar si las normas respecto de un determinado ámbito jurídico se han cumplido o no para tomar las medidas sancionatorias o correctivas que sean del caso."

⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-122 de 2020: "Las omisiones legislativas relativas se presentan cuando el Legislador, "al regular o construir una institución omite una condición o un ingrediente que, de acuerdo con la Constitución, sería exigencia esencial para armonizar con ella, v.gr.: si al regular un procedimiento, se premitte el derecho de defensa". Estas omisiones pueden ocurrir de distintas formas, las cuales han sido descritas por la jurisprudencia así: // (i) cuando expide una ley que si bien desarrolla un deber impuesto por la Constitución, favorece a ciertos sectores y perjudica a otros; (ii) cuando adopta un precepto que corresponde a una obligación constitucional, pero excluye expresa o tácitamente a un grupo de ciudadanos de los beneficios que otorga a los demás; y (iii) cuando al regular una institución omite una condición o un elemento esencial exigido por la Constitución"

2.3. Objeción de inconveniencia

De la inconveniencia social y política en la modificación injustificada del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Como se esbozó en las razones de inconstitucionalidad, a través del artículo 20 del proyecto de Ley No. 162 de 2023 Senado – 359 de 2024 Cámara se pretende trasladar la función de inspección, vigilancia y control⁶ de la salud mental al Ministerio de Salud y Protección Social, competencia que actualmente recae sobre la Superintendencia Nacional de Salud.

Lo anterior, además de acarrear una inconstitucionalidad, resulta desfavorable desde un punto de vista político, social y administrativo.

Actualmente, el Sistema General de Seguridad Social en Salud está integrado en su componente de **dirección, vigilancia y control** que aglomera en su individualidad y responsabilidades particulares a: los Ministerios de Salud y Protección Social y Trabajo, al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud y Superintendencia Nacional en Salud⁷.

La estructura y funcionamiento del Ministerio de Salud y Protección Social y de la Superintendencia Nacional de Salud se desarrollan en los Decreto Ley 4107 de 2011 "Por el cual se determinan los objetivos y la estructura del Ministerio de Salud y Protección Social y se integra el Sector Administrativo de Salud y Protección Social" y el Decreto 1081 de 2021 "Por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia Nacional de Salud". En esta normativa se establece:

DEL MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL	DE LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD
Decreto Ley 4107 de 2011:	Decreto 1081 de 2021:

⁶ Sobre el concepto de inspección, vigilancia y control, la corte constitucional ha señalado: "(...) Por el contrario, la inspección y vigilancia no implica, de un lado, modificación del sujeto controlado, ya que lo que se busca es que éste se acomode a la ley, y si no lo hace, se obliga mediante sanciones o medidas correctivas a que lo haga."
⁷ Ver art. 155 de la Ley 100 de 1993

ARTÍCULO 1°. Objetivos. El Ministerio de Salud y Protección Social tendrá como objetivos, dentro del marco de sus competencias, formular, adoptar, dirigir, coordinar, ejecutar y evaluar la política pública en materia de salud, salud pública, y promoción social en salud, y participar en la formulación de las políticas en materia de pensiones, beneficios económicos periódicos y riesgos profesionales, lo cual se desarrollará a través de la institucionalidad que comprende el sector administrativo.	ARTÍCULO 3. Ámbito de inspección, vigilancia y control. La Superintendencia Nacional de Salud, tiene a su cargo el Sistema Integrado de Inspección, Vigilancia y Control del Sistema General de Seguridad Social y le corresponde ejercer inspección, vigilancia y control respecto de los actores del Sistema General de Seguridad Social en Salud enunciados, entre otros, en los artículos 155 de la Ley 100 de 1993, 121 y 130A de la Ley 1438 de 2011 y 2 de la Ley 1966 de 2019.
---	---

Como se avizora, las funciones de cada una de las entidades son diferentes y esto es así debido a la armonización y a la seguridad jurídica que se busca que exista dentro del sistema.

La Superintendencia, como entidad de naturaleza técnica adscrita al sector salud, pero con autonomía administrativa y financiera, ejerce funciones de control y sanción de manera independiente respecto de las entidades vigiladas, lo cual garantiza imparcialidad y objetividad. En cambio, el Ministerio de Salud cumple funciones de formulación, dirección y ejecución de políticas públicas, lo que lo ubica en un rol eminentemente rector y no sancionador.

Concentrar ambas competencias en el Ministerio implicaría una indebida acumulación de funciones, rompiendo el principio de separación entre quien diseña las políticas y quien controla su cumplimiento, debilitando así la transparencia, la eficacia del control y la confianza ciudadana en la vigilancia del sistema de salud.

Lo anterior se considera inconveniente en el ámbito político, social y administrativo, ya que no existe una justificación suficiente que, de lugar a la distorsión del diseño actual del Sistema General de Seguridad Social en Salud

confeccionado por el Estado, modificación que además comprometería el correcto funcionamiento del sistema y los derechos de todos sus afiliados.

Es de resaltar que en la ponencia para segundo debate, en el pliego de modificaciones, se propuso que la inspección, vigilancia y control de la promoción y atención en salud mental quedara a cargo de la Superintendencia Nacional de Salud⁸, sin embargo no hubo discusión al respecto y se decidió acoger el texto aprobado en la sesión plenaria de Senado de fecha 4 de septiembre de 2024⁹.

III. SOLICITUD

Sobre la base de los argumentos expuestos, la Presidencia de la República DEVUELVE al Congreso de la República el Proyecto de Ley No. 162 de 2023 Senado – 359 de 2024 Cámara "Por medio del cual se crean medidas de sensibilización, visibilización, prevención, protección, atención frente a la salud mental y la violencia del entorno digital en los niños, niñas y adolescentes, se modifican y adicional los artículos 3°, 30°, 31° de la Ley 1616 de 2013 y se dictan otras disposiciones", sin la correspondiente sanción presidencial para que se dé trámite a las objeciones por inconstitucionalidad e inconveniencia presentadas.

Con todo lo anterior, se considera que la iniciativa legislativa es de gran importancia para la población y generaría un impacto positivo en el ámbito de salud mental de niños, niñas y adolescentes, siempre y cuando se modifique el artículo 20, garantizando la correcta implementación de lo pretendido en el proyecto de ley, así:

"Artículo 20. Inspección, vigilancia y control. La inspección, vigilancia y control frente al cuidado y protección de la salud mental estará a cargo de la Superintendencia Nacional de Salud.
 El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones brindará acompañamiento en el componente de la sensibilización frente a los riesgos generados en entornos digitales."

⁸ Ver Gaceta No. 843 de 3 de junio de 2025
⁹ Ver <https://www.youtube.com/watch?v=QFy5G3YTTT0>, desde 7:48:14 a 7:55:35

De los honorables congresistas, con el debido respeto,



EL MINISTRO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL,


 GUILLERMO ALFONSO JARAMILLO MARTÍNEZ

CONCEPTOS JURÍDICOS

CONCEPTO JURÍDICO MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 341 DE 2024 SENADO

por medio del cual se establece el procedimiento, mecanismo, instancias y elementos para la definición. Monitoreo y ajuste de la Unidad de Pago por Capacitación UPC y presupuesto máximos, del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

<div style="text-align: center;">  <p>MEMORANDO</p> </div> <p>Bogotá, D.C., 17 de julio de 2025.</p> <p>PARA: Dr. RODOLFO SALAS FIGUEROA DIRECTOR JURÍDICO (E)</p> <p>DE: VICEMINISTRO DE PROTECCIÓN SOCIAL</p> <p>ASUNTO: Comentarios al proyecto de ley 341/24 (S) "Por medio del cual se establece el procedimiento, mecanismo, instancias y elementos para la definición. Monitoreo y ajuste de la Unidad de Pago por Capacitación UPC y presupuesto máximos, del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones".</p> <p>Respetado doctor,</p> <p>Este Viceministerio ha recibido la solicitud de concepto respecto del proyecto de ley del asunto. Al respecto, con base en el criterio emitido por la Dirección de Regulación de Beneficios, Costos y Tarifas en Salud, se permite efectuar el siguiente análisis:</p> <p>1. CONTENIDO DEL PROYECTO</p> <p>El texto definitivo aprobado en segundo debate, tomando en cuenta la versión socializada por el Grupo de Agenda Legislativa, señala lo siguiente:</p> <p>1.1. En primer lugar, el proyecto tiene como objeto establecer el procedimiento de definición, monitoreo y ajuste de la Unidad de Pago por Capacitación UPC y de los presupuestos máximos. Lo anterior con el fin de garantizar el derecho fundamental a la salud y la sostenibilidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud -SGSSS.</p> <p>1.2. Se propone, en el artículo 2°, la conformación de un Comité de Expertos, de carácter asesor "adscrito al Ministerio de Salud y Protección Social de carácter permanente y técnico, el cual emitirá conceptos técnicos, jurídicos, económicos, actuariales y/o financieros con carácter vinculante para efectos de definir, cuantificar, monitorear y ajustar la Unidad de Pago por Capacitación (UPC) cada año y los Presupuestos Máximos o tecnologías en salud no incluidas</p> <hr/> <p>Ministerio de Salud y Protección Social Dirección: Carrera 13 No. 32-76, Bogotá D.C., Colombia Página 1 Conmutador en Bogotá: (+57) 601 330 5043 Resto del país: (+57) 01 8000 960020</p>	<p><i>en la UPC</i>. Aclara que su carácter vinculante prevalece salvo que este Ministerio formule objeción motivada y pública.</p> <p>El artículo 3° determina como miembros del Comité, además de los Ministerios de Salud y Protección Social y de Hacienda y Crédito Público y el Departamento Nacional de Planeación, a seis expertos con amplio reconocimiento académico y profesional en los sectores de la salud, economía de la salud, ciencias actuariales y/o seguridad social, provenientes de temas que elaboren:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Centros de investigación en salud. - Centros de investigación en economía. - Universidades. - Prestadores de salud. - Entidades Promotoras de Salud -EPS. - Asociaciones de Usuarios, pacientes o enfermedades de alto costo y/o enfermedades huérfanas y afiliados de las EPS. <p>Estos representantes serán elegidos de entre sus miembros, por períodos de cuatro años, reelegibles por una vez y deberán tener experiencia certificada. Transitoriamente, se dispone que su selección se realizará por los delegados del Gobierno.</p> <p>Se prevé la asistencia como invitados al Comité de Expertos, con voz pero sin voto, la presencia del Instituto de Evaluación Tecnológica en Salud, de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud - ADRES, de la Asociación Colombiana de Actuarios, de la Cuenta de Alto Costo, de la Superintendencia de Salud, de la Contraloría General de la República, de la Procuraduría General de la Nación, de la Defensoría del Pueblo y dos (2) delegados de las Comisiones Séptimas del Congreso de la República.</p> <p>1.3.El artículo 4° contempla, como funciones del Comité, entre otras, las siguientes:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Definir los servicios financiados con la UPC. - Proponer indicadores de satisfacción de usuarios, indicadores de salud y de uso eficiente de recursos, su evaluación y la definición de incentivos para los actores del sistema que acrediten un buen desempeño y su cumplimiento. - Definir la UPC y los pagos moderadores para cada vigencia. - Realizar anualmente el informe de suficiencia y los mecanismos de ajuste de riesgo para el cálculo de la UPC, Presupuestos Máximos o tecnologías no incluidas en el UPC para su presentación ante el Congreso de la República, que tendrá unos elementos de control previsto en el artículo 9°. - Definir ajustes por insuficiencia en la financiación. <p>Se indica que las decisiones que adopte el Comité deberán estar soportadas y documentadas. Así mismo, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público deberá garantizar las apropiaciones y el giro oportuno de recursos, ajustadas dentro del marco fiscal. En torno a la definición de la UPC, dispone que se deberá acompañar con una nota técnica.</p>
<p>Dispone, finalmente, que la secretaría técnica estará a cargo del Director de Regulación de Beneficios, Costos y Tarifas del Aseguramiento en Salud.</p> <p>1.4. En el artículo 5°, el proyecto determina unos requisitos generales para la definición de la UPC, a saber, equidad, suficiencia, homogeneidad, representatividad, calidad, continuidad. Por su parte, el artículo 6° incorpora la metodología de cálculo de la UPC tomando en cuenta, entre otros, la inflación, costos de servicios y tecnologías, siniestralidad, tasa de cambio e interés, indicadores en salud pública y nuevas tecnologías y cambios en guías de práctica clínica. Precisa como ajustadores de riesgos, el sexo, la edad, la carga de la enfermedad y la gestión de la enfermedad.</p> <p>1.5. Se establece, en el artículo 7°, un esquema de datos abiertos para que los actores accedan a la información del Sistema en tiempo real.</p> <p>1.6. El artículo 8° incorpora una modificación a la Ley 2024 de 2020, en el sentido de adicionar un párrafo al artículo 3° de la misma, sobre obligación de pagos en plazos justos, que establece la obligación de "los proveedores y prestadores de servicios de salud deberán radicar las facturas de los servicios prestados en un plazo máximo de tres (3) meses siguientes a la fecha de la finalización de la prestación del servicio".</p> <p>1.7. El artículo 10° contempla la necesidad de crear un mecanismo de cobertura y pago para asumir el incremento excepcional de siniestralidad.</p> <p>1.8. A su turno, a nivel sancionatorio se establece que "El incumplimiento de lo dispuesto en la presente constituirá una falta gravísima, y acarreará las sanciones, penales y disciplinarias a que haya lugar".</p> <p>1.9. Finalmente, el artículo 12 establece, como obligación del Ministerio de Educación, Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación y el Ministerio de Relaciones Exteriores, al fomento de la investigación en materia de presupuesto del SGSSS.</p> <p>2. CONSIDERACIONES</p> <p>El problema de la definición del costo del sistema y de lo que se financia con el mismo ha sido motivo de múltiples controversias las cuales se han agudizado recientemente, particularmente con la expedición del Auto 007 de 2025 proferido por la Sala de Seguimiento de la Corte Constitucional a la sentencia T-760 de 2008¹¹. Las discusiones han pasado por determinar cuál es la autoridad que tiene a cargo esas definiciones, qué método realizado para ello y qué elementos debe tener en cuenta.</p> <p>El artículo 182 de la Ley 100 de 1993, dentro de una concepción de seguro, estableció lo siguiente:</p>	<p>ARTÍCULO 182. De los ingresos de las Entidades Promotoras de Salud. Las cotizaciones que recauden las Entidades Promotoras de Salud pertenecen al Sistema General de Seguridad Social en Salud.</p> <p>Por la organización y garantía de la prestación de los servicios incluidos en el Plan de Salud Obligatorio para cada afiliado, el Sistema General de Seguridad Social en Salud reconocerá a cada Entidad Promotora de Salud un valor per cápita, que se denominará Unidad de Pago por Capacitación, UPC. Esta Unidad se establecerá en función del perfil epidemiológico de la población relevante, de los riesgos cubiertos y de los costos de prestación del servicio en condiciones medias de calidad, tecnología y hotelería y será definida por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, de acuerdo con los estudios técnicos del Ministerio de Salud.</p> <p>Si bien esa norma contiene información de diversa índole, en relación con la labor que realizan las EPS, determina un valor por afiliado que se le reconocerá y una forma para su determinación.</p> <p>Esta norma debe articularse con la evolución que ha vivido el SGSSS, especialmente al considerar la salud como un derecho fundamental desde la sentencia C-463 de 2008 y tomar en cuenta lo previsto en la Observación General 14 de 2000 del CDESC en torno al alcance del artículo 12 del Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Tal declaración condujo a estructurar el SGSSS bajo unos nuevos pilares que fueron recogidos en la Ley 1751 de 2015 y en la sentencia C-313 de 2014¹², entre los que se destacan:</p> <ol style="list-style-type: none"> i. Un concepto de salud que debe abarcar una dimensión preventiva con un énfasis en la Atención Primaria en Salud, tal y como lo indicó pioneramente la Conferencia de Alma Ata de 1978 (art. 2°, sent. C-313). Se involucra, por lo tanto, el manejo de determinantes sociales en salud. ii. La determinación de una serie de obligaciones indelegables del Estado (arts. 2° y 5°). iii. El señalamiento unos elementos esenciales al derecho como son la accesibilidad, aceptabilidad, disponibilidad y calidad. Si bien se retoman algunos principios previstos en las Ley 100 de 1993 y 1438 de 2011, se incorpora el principio <i>pro homine</i> (art. 6°, inciso segundo, literal b) y un aspecto crucial en la atención como lo es la integralidad (art. 8°). iv. La existencia de unos derechos universales para todas las personas habitantes del territorio nacional en torno a la salud (art. 10°) v. El criterio según el cual "en aras del goce efectivo del derecho, y atendiendo que salvo lo excluido, lo demás está incluido, se impone excluir del ordenamiento jurídico la expresión "para definir las prestaciones de salud cubiertas por el sistema"¹³. (art. 15 y C-313). v. La existencia de una medición de la evolución en salud, su monitoreo y seguimiento (art. 7°). <p>Estos aspectos inciden significativamente en los elementos que deben ser tenidos en cuenta para la medición de los recursos que deben ser destinados para la garantía de ese derecho fundamental.</p>

<p><i>2.1. Breve historia sobre la fijación de la UPC y los servicios financiados con la misma</i></p> <p>Es importante indicar que el esquema de fijación de los aspectos básicos del funcionamiento del SGSSS, entre ellos al valor de la prima que se reconoce a las EPS y de los servicios y tecnologías en salud cubiertos con esos recursos, ha sufrido una importante evolución que ha tenido los siguientes hitos:</p> <p>i. Originalmente, la Ley 100 de 1993 dispuso que, a través de la creación del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud -CNSSS (art. 171), con una organización corporativa y presencia ministerial, asumiría ese rol, tal y como se desprende del numeral 3° del artículo 172. Cabe indicar que la adopción gubernamental de las decisiones de ese consejo que se disponía tanto en el artículo 156, literal m, y en el parágrafo 3 del artículo 172 fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional por considerar lo siguiente:</p> <p>En efecto, dado que es el Consejo y no el Gobierno quien tiene la facultad de definir los aspectos centrales del sistema de seguridad social en salud de que trata el artículo 172 de la Ley 100 de 1993, la función que en cumplimiento de la norma parcialmente demandada cumple el Gobierno es exclusivamente la de plasmar en un Decreto el contenido del acuerdo que ha sido decidido por el primero. En este proceso el Gobierno no puede modificar el contenido de las decisiones del Consejo puesto que equivaldría a usurpar funciones que la Ley le otorga directamente a dicho órgano. Puede afirmarse entonces que la Ley 100 de 1993 no le reconoce al Gobierno nuevos ámbitos de acción, dado que la atribución de funciones recae exclusivamente en el Consejo. La labor que la Ley asigna al Gobierno es meramente formal. Se limita la función de ejercer una potestad constitucional propia para reproducir el contenido de un acuerdo previamente adoptado por otra autoridad administrativa de creación legal.⁴¹</p> <p>Con base en este criterio, se admitió la presencia de privados en la fijación de aspectos regulatorios del Sistema, dentro de la ola privatizadora que se fortaleció en el país en la década del noventa.</p> <p>ii. El funcionamiento de CNSSS dejó muchas dudas y ello se hizo evidente en el atraso en la regulación y en la interposición de acciones de tutela por parte de quienes se veían afectados por una visión restrictiva del entonces Plan Obligatorio de Salud lo cual quedó reflejado en la conocida sentencia T-760 de 2008[5]. En realidad, terminó operando bajo una lógica segmentada y corporativa; primó en sus decisiones el interés gremial, a través de sendas coaliciones y alianzas entre los grupos de presión a su interior[6]. Incluso, fue bastante sintomático de su funcionamiento que existiera una visión de Estado fragmentada: el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (con poder de veto en las decisiones de carácter fiscal) tenía múltiples convergencias con el representante de las EPS privadas, en particular respecto del alcance de las coberturas y lo incluido y no incluido en el POS. En realidad, la participación social quedaba opacada por el poder de ciertos de sus integrantes.</p>	<p>iii. Esto dio origen, aun antes de adopción de la sentencia T-760, a propiciar una forma regulatoria similar a la prevista para los servicios públicos domiciliarios, de manera tal que la decisión fuera más bien técnica que participativa. Este mecanismo se adoptó a través de la Ley 1122 de 2007, mediante la creación de la Comisión de Regulación en Salud -CRES (arts. 3° a 7°). Esa entidad, estaría adscrita al Ministerio de Protección Social (entonces), pero con autonomía administrativa, técnica y patrimonial y en la que participaría, además de dos ministerios:</p> <p>Cinco Comisionados expertos, designados por el Presidente de la República, de temas enviadas por diferentes entidades tales como: Asociación Colombiana de Universidades, Centros de Investigación en Salud, Centros de Investigación en Economía de la Salud, Asociaciones de Profesionales de la Salud y Asociaciones de Usuarios debidamente organizados. El Gobierno Nacional reglamentará la materia.</p> <p>iv. La CRES no duró mucho tiempo, aunque dejó algunos elementos de relevancia en sus tres años largos de existencia, en el cumplimiento de la sentencia T-760 de 2008. Fue así como mediante el Decreto 2560 de 2012 se suprimió esa entidad y desde entonces el Ministerio asumió esa labor, a través del Decreto 2562 del mismo año, con el apoyo de la Comisión Asesora de Beneficios, Costos, Tarifas y Condiciones de Operación del Aseguramiento en Salud.</p> <p>v. En ese recuento evolutivo, como un elemento relevante en la regulación, y fruto del reconocimiento de la salud como un derecho fundamental, el artículo 2° de la Ley 1751 de 2015 dispuso lo siguiente:</p> <p>Artículo 2°. Naturaleza y contenido del derecho fundamental a la salud. El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo.</p> <p>Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado.</p> <p><i>2.2. Consideraciones específicas frente a la propuesta</i></p> <p>Con el panorama anterior, cabe preguntarse si la regulación de los elementos fundamentales para el funcionamiento del Sistema de Salud y que tienen impacto fiscal debe retornar a formar bien a formas corporativas de decisión o bien a una instancia especializada y conformada por expertos en la materia, provenientes de alguno de los sectores.</p>
<p>Si bien, es importante definir quién es la autoridad que define estos temas, lo más crucial es que su definición esté revestida de un análisis técnico profundo en el que se involucre con nitidez la mejor información del sector posible que permite definir un valor, un aspecto sobre el cual ha enfatizado este Ministerio en los documentos que han soportados sus recientes decisiones sobre la fijación de la UPC.</p> <p>Por otra parte, debe reconocerse que las figuras que se han elaborado para tal fin, han tenido restricciones y limitaciones. Cabe reconocer, en todo caso, que la CRES tuvo un funcionamiento muy breve pero un esquema como el de regulación de servicios públicos tiene una lógica de respuesta financiera que no es la propia de la garantía de un derecho fundamental.</p> <p>Por ello, se considera que el actual esquema de decisión, con los ajustes que deban realizarse, contiene los elementos necesarios para una decisión debidamente fundamentada por parte del Estado en su función regulatoria, en los términos del artículo 2° de la Ley 1751 de 2015. Esto no impide la participación de los sectores interesados en este proceso pero la determinación debe enfatizarse en una en el que se involucren los sectores del Estado que tienen que ver con estos temas.</p> <p>Esto conduce a formular las siguientes observaciones a la iniciativa:</p> <p>i. El proyecto de ley, pese a señalar en el epígrafe y artículo 1° que busca establecer el procedimiento, mecanismo de definición, monitoreo y ajuste de la unidad de pago por capitación UPC y presupuestos máximos, tiene más bien como propósito la conformación de un Comité de Expertos encargado de la adopción de las decisiones medulares del Sistema General de Seguridad Social en Salud y la orden de un mecanismo de cobertura y pago con recursos del Presupuesto General de la Nación adicionales a los recursos que se destinan para el pago de la unidad de pago por capitación-UPC y presupuestos máximos, es decir, enfoca la problemática en la autoridad que está investida para adoptar esa determinación.</p> <p>Estas normas presentan razones de inconstitucionalidad y de inconveniencia como se explicará a continuación.</p> <p>ii. A través del artículo 2, se conforma el Comité de Expertos "como organismo asesor adscrito al Ministerio de Salud y Protección Social de carácter permanente y técnico" responsable de emitir "conceptos técnicos, jurídicos, económicos, actuariales y/o financieros con carácter vinculante para efectos de definir, cuantificar, monitorear y ajustar la Unidad de Pago por Capitación (UPC) cada año y los Presupuestos Máximos o tecnologías en salud no incluidas en la UPC".</p> <p>La creación de un "organismo adscrito al Ministerio de Salud y Protección Social", constituye una de las formas a través del cual el Congreso de la República determina la estructura de la administración nacional, consistente en la creación de un organismo del orden nacional, en tanto se adscribe al citado Ministerio y señala su objetivo y funciones. Esta facultad que se encuentra prevista en los artículos 150, numeral 7, y el artículo 210 de la Constitución Política.</p>	<p>En relación con esta creación, en primer lugar, por tratarse de una modificación en la estructura de la administración pública, en la medida en que dispone de la creación de un Comité de Expertos adscrito al Ministerio de Salud y Protección Social, requiere de iniciativa gubernamental, de acuerdo con lo previsto en el artículo 154 Constitucional, en concordancia con el artículo 150, numeral 7. En este sentido, además de un aval por parte de este Ministerio, debería contar con el aval del Ministerio de Hacienda y Crédito, como autoridad fiscal, de lo contrario el proyecto sería inexecutable.</p> <p>En segundo lugar, la existencia de conceptos vinculantes constituye, realmente, una definición de las materias sobre las cuales se conceptúa. De otro lado, a pesar de que el título se limita a la UPC y presupuestos máximos, las funciones son muchas más amplias pues aborda los servicios financiados (art. 4)</p> <p>En consecuencia, al ordenar la creación de un organismo adscrito al Ministerio de Salud y Protección Social, se vulnera el artículo 154 de la Constitución Política, según el cual, sólo podrán ser dictadas por iniciativa del Gobierno Nacional, entre otras, las leyes que determinen la estructura de la administración nacional y crean otras entidades del orden nacional. La creación de un Comité de Expertos que, además de no ser iniciativa del Gobierno, funcionalmente no tiene el carácter de asesor, sino que cumple funciones administrativas al otorgársele facultades de regulación del Sistema General de Seguridad Social en Salud, desconoce el mandato constitucional al no contar con tal iniciativa que radica, de manera exclusiva, en el Gobierno.</p> <p>En relación con la iniciativa legislativa reservada y privativa del Gobierno Nacional en las materias previstas en el inciso segundo del artículo 154 Superior, la Corte Constitucional al resolver las objeciones de inconstitucionalidad al proyecto de Ley que consagraba a los pensionados la exoneración de los pagos moderadores al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en la Sentencia C-1707 de 2000 afirmó:</p> <p>3.1 La consagración constitucional de la iniciativa legislativa reservada.</p> <p>Como es sabido, la Constitución Política, en el Capítulo 3° del Título VI, regula lo relativo al proceso de formación de las leyes, atribuyéndole al Congreso la cláusula general de competencia legislativa (art. 150) e indicando con precisión las pautas, condiciones y requisitos mínimos que se deben seguir para tramitar, aprobar y sancionar las reglas de conducta que pasarán a integrar el ordenamiento jurídico positivo, y que deberán ser observadas por todas las personas que habitan el territorio nacional (arts. 154 y ss).</p> <p>Dentro de los aspectos que se relacionan con el proceso de formación de las leyes, la Constitución desarrolla el tema de la iniciativa legislativa que, como lo ha venido señalando esta Corporación en abundante jurisprudencia, no es otra cosa que la facultad atribuida a diferentes actores políticos y sociales para concurrir a presentar proyectos de ley ante el Congreso, con el fin de que éste proceda a darles el respectivo trámite de aprobación. Por eso, cuando la Constitución define las reglas de la iniciativa, está indicando la forma como es posible comenzar válidamente el estudio de un</p>

proyecto y la manera como éste, previo el cumplimiento del procedimiento fijado en la Constitución y las leyes, se va a convertir en una ley de la República.

De acuerdo con ello, según lo establecen los artículos 154, 155 y 156 de la Carta Política, las leyes pueden tener origen en cualquiera de las dos Cámaras a iniciativa o propuesta: (i) de los propios miembros del Congreso, (ii) del Gobierno Nacional, (iii) de un número de ciudadanos igual o superior al 5% del censo electoral existente en la fecha respectiva o del 30% de los concejales o diputados del país y (iv) de la Corte Constitucional, el Consejo Superior de la Judicatura, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Nacional Electoral, el Procurador General de la Nación y el Contralor General de la República, siempre que se trate de asuntos que guarden concordancia directa con las materias propias del ejercicio de sus funciones.

No obstante lo anterior, y en lo que toca con los sujetos que pueden concurrir al proceso inicial de formación de las leyes, debe afirmarse que la Constitución le otorga un alcance diferente a la iniciativa legislativa del Gobierno y a la de los congresistas, en cuanto le restringe a estos últimos la capacidad para presentar proyectos de ley en ciertas áreas que, como las relacionadas con el manejo de las finanzas públicas y la estructura y reforma de la administración nacional, son de iniciativa reservada y privativa de la Rama Ejecutiva del Poder Público. Con ello, se ha mantenido en gran medida el criterio aplicado por la Constitución de 1886 (art. 79), emergido de la reforma constitucional de 1968, en el sentido de procurar mantener un cierto orden institucional que, en lo que toca con las competencias propias del Presidente de la República (C.P. art. 189), facilite la continuidad y uniformidad de las políticas que éste haya venido promoviendo y desarrollando, impidiendo con ello que, como resultado de la improvisación o la simple voluntad legislativa unilateral, tales políticas puedan ser modificadas o suprimidas sin su iniciativa o consentimiento expreso.

Así, de conformidad con lo ordenado por el inciso 2° del artículo 154 Superior, solo podrán ser dictadas o reformadas por iniciativa del Gobierno las siguientes leyes: (1) las que aprueban el Plan Nacional de Desarrollo e inversiones públicas (C.P. art. 150-3); (2) las que determinan la estructura de la administración nacional y crean, suprimen o fusionan ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y otras entidades del orden nacional; (3) las que reglamenten la creación y funcionamiento de las Corporaciones Autónomas Regionales; (4) las que crean o autorizan la constitución de empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta (C.P. art. 150-7); [...]

Sobre esto último, debe aclararse que la iniciativa legislativa gubernamental no se circunscribe al acto de la mera presentación del proyecto de ley como en principio parecería indicarlo el artículo 154 Superior. En realidad, teniendo en cuenta el fundamento de su consagración constitucional, cual es el de evitar que se legisle sin el conocimiento y consentimiento del Ejecutivo sobre materias que comprometen aspectos propios de su competencia, dicha atribución debe entenderse como aquella función pública que busca impulsar el proceso de formación de las leyes, no sólo a partir de su iniciación sino también en instancias posteriores del trámite parlamentario. Entonces, podría sostenerse, sin lugar a equívocos, que la intervención y coadyuvancia del Gobierno Nacional durante la discusión, trámite y aprobación de un proyecto de ley de iniciativa reservada, constituye una manifestación tácita de la

voluntad legislativa gubernamental y, desde esa perspectiva, tal proceder se entiende inscrito en la exigencia consagrada en el inciso 2° del artículo 154 de la Constitución Política. A este respecto, y entendido como un desarrollo del mandato previsto en la norma antes citada, el párrafo único del artículo 142 de la Ley 5ª de 1992, por la cual se expide el reglamento del Congreso, es claro en señalar que: *"el Gobierno Nacional podrá coadyuvar cualquier proyecto de su iniciativa que curse en el Congreso cuando la circunstancia lo justifique"*; y que *"La coadyuvancia podrá efectuarse antes de la aprobación en las plenarios"*

En relación con este tema, la Corte, a partir de una interpretación amplia y flexible de las disposiciones constitucionales que fijan el marco de las funciones parlamentarias, ha considerado que el consentimiento dado por el Gobierno a un proyecto de ley de iniciativa reservada y su participación activa en el proceso formativo de la ley, subsanan la restricción legislativa impuesta al Congreso por el precitado inciso 2° del artículo 154 Superior. Dijo entonces esta Corporación, al resolver sobre un caso análogo al que ahora se debate, lo siguiente:

[...] En esta medida, ha de concluirse que cuando la iniciativa legislativa radique en el Gobierno Nacional y éste no la ejerza ni la convalide -en los casos en que haya tenido lugar a instancia de otros actores políticos-, los proyectos de ley que tramite el Congreso de la República resultan contrarios a la Constitución Política, pues contravienen la exigencia contenida en su artículo 154 inciso 2° que le restringe al Parlamento la competencia para comenzar a su arbitrio, el proceso formativo de leyes que desarrollen las materias previstas en el dispositivo citado, entre otras, *"las que decreten exenciones de impuestos, contribuciones o tasas nacionales"*⁴¹

Más recientemente, la Alta Corporación resumió el tema de la iniciativa legislativa en la materia de la siguiente manera⁴²:

35. En síntesis, la jurisprudencia ha reconocido que la competencia para fijar la estructura de la administración nacional (i) comprende su dimensión estática, esto es, aquella que tiene vocación de permanencia; (ii) no se agota en la posibilidad de crear entidades públicas y, en consecuencia, se extiende (iii) a la definición de sus objetivos, funciones generales y modo de relacionamiento con otros órganos; e igualmente abarca (iv) la regulación de aquellas materias relacionadas con el régimen jurídico que se le aplica a sus servidores, las formas de vinculación y aquellas materias de naturaleza presupuestal y tributaria.

Materias comprendidas por la competencia de determinar la estructura de la administración nacional	Sentencia
Creación, supresión o fusión de una entidad pública del orden nacional	C-299/94, C-648/97, C-482/02, C-078/03, C-121/03, C-869/03, C-570/04, C-784/04, C-856/06, C-663/13 y C-031/17
Estructura orgánica de las entidades y organismos	C-209/97, C-121/03 y C-869/03
Creación de un Consejo Nacional de Acreditación que por su integración y funciones modifiquen en algún grado la estructura de la administración	C-307/13

Definición de las tipologías de entidades y organismos y sus interrelaciones respectivas"	C-784/04
Objetivos y funciones generales de la entidad u organismo	C-299/94, C-209/97, C-121/03, C-869/03 y C-784/04
Vinculación con otros organismos para fines del control	C-121/03 y C-784/04
Régimen jurídico de los trabajadores, con la contratación y con las materias de índole presupuestal y tributario	C-299/94, C-209/97, C-121/03 y C-784/04
Características de los órganos creados	C-1162/00, C-078/03 y C-784/04
Ubicación de los organismos en el conjunto de la administración	C-078/03 y C-784/04

De esta manera, y al no contar con el aval de este Ministerio, la propuesta de creación de un Comité, su integración y funciones devendría inexequible (art. 2 a 4 de la propuesta) por atentar contra dicha iniciativa privativa y atendiendo que la misma no va a ser convalidada.

iii. Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, que afecta uno de los aspectos esenciales del proyecto, en el artículo 3. se establece la integración del Comité de Expertos por tres (3) altos directivos del orden nacional los Ministros de Salud y Protección Social y de Hacienda y Crédito Público y el Director del Departamento Administrativo de Planeación Nacional y seis (6) representantes, en los términos ya indicados, quienes no son de libre nombramiento y remoción, ni están sujetos a las disposiciones que regulan la carrera administrativa, sin que el proyecto de ley indique si estos seis expertos tienen la calidad de funcionarios públicos.

Con tal omisión, se traslada a un ente de integración mayoritariamente privada, la regulación de los aspectos financieros y de las prestaciones asistenciales del sistema general de seguridad social en salud, cuya competencia radica en cabeza del Estado en virtud de las facultades de intervención y regulación del servicio público de salud, así como del derecho fundamental a la salud de manera tal que, la definición de las tecnologías en salud financiadas con cargo a la UPC, la definición del valor anual de la UPC y de los pagos moderadores para cada vigencia, la definición de incentivos y la definición del reajuste y la activación del denominado "mecanismo de cobertura" por insuficiencia de la UPC y de los Presupuestos Máximos, entre otras medidas, no pueden minimizar las funciones propias del ejecutivo contenidas en los artículos 48, 49 y 365 de la Constitución Política y del Ministerio de Salud y Protección Social como órgano rector del sector salud responsable de su dirección, orientación y conducción.

Tales definiciones que constituyen una materia estrictamente regulatoria del sector salud contradicen el propósito de conformación de tal instancia, según se lee en la exposición de motivos, como "como organismo asesor adscrito al Ministerio de Salud que brinde los conceptos debidamente motivados respecto de los cálculos que deben tenerse en cuenta al momento de calcular la UPC, y los Presupuestos Máximos con el respeto de las variables, metodologías y circunstancias que rodean la financiación del sistema desde estos instrumentos."

iv. Mediante el artículo 4. se definen las funciones del Comité de Expertos con el carácter de indelegables y cuyo contenido material, de las ocho (8) funciones listadas, sólo tres (3) de ellas responden a la naturaleza de "organismo asesor", pues las cinco (5) restantes, consistentes en: i) la definición del plan de beneficios cubiertos con la UPC, ii) la definición del valor de la UPC y de los pagos moderadores para cada vigencia; iii) la definición del reajuste y de la activación del mecanismo de cobertura y pago por insuficiencia de la UPC y de los presupuestos máximos, iv) la realización del informe de suficiencia y de los mecanismos de ajuste de riesgo para el cálculo de la UPC y de los presupuestos máximos, y v) la formulación de estudios técnicos sobre temas asociados al SGSSS, tienen una naturaleza regulatoria.

De esta manera, en relación con la creación de este Comité de Expertos y las funciones que se le asignan, indiscutiblemente de regulación, se pretende revivir una institucionalidad como la del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud-CNSSSS o la Comisión de Regulación en Salud-CRES, por las que transitó el Sistema General de Seguridad Social en Salud y que, por diversas razones, el Congreso de la República y el Gobierno Nacional decidieron su supresión; sin embargo, su conformación como "organismo asesor" con facultades de regulación dista mucho de esas instancias por cuanto, con mayor apego a la normativa Superior y a la técnica jurídica, tanto el legislador de 1993 como el legislador de 2007 al ordenar la creación de los citados organismos, precisaron claramente su naturaleza y funciones.

Como se precisó al inicio, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud-CNSSSS, de acuerdo con los artículos 155, 156 literal m), 171 y 172 de la Ley 100 de 1993, fue creado como organismo de dirección del Sistema General de Seguridad Social en Salud, se constituyó como un organismo plural de concertación entre los diferentes integrantes del citado Sistema y estaba conformado por funcionarios de sector central, descentralizado y miembros de la sociedad civil relacionados con el servicio de seguridad social en salud, sus decisiones eran obligatorias y debían ser adoptadas por el Gobierno Nacional; sin embargo, a partir de la sentencia C-177 de 1995, al examinar la constitucionalidad de la adopción obligatoria por parte del Gobierno Nacional vulneraba la estructura y la independencia orgánica de la rama ejecutiva del poder público, señaló que tal obligación era innecesaria y que la expedición de un decreto no era condición de validez de los actos a través de los cuales el CNSSSS ejercía ciertas funciones de manera autónoma, que era el Consejo y no el Gobierno quien tenía la facultad de definir los aspectos centrales del sistema de seguridad social, según lo previsto en el artículo 172 de la Ley 100 de 1993 y al respecto señaló:

"En este proceso el Gobierno no puede modificar el contenido de las decisiones del Consejo puesto que equivaldría a usurpar funciones que la Ley le otorga directamente a dicho órgano. Puede afirmarse entonces que la Ley 100 de 1993 no le reconoce al Gobierno nuevos ámbitos de acción, dado que la atribución de funciones recae exclusivamente en el Consejo. La labor que la Ley asigna al Gobierno es meramente formal. Se limita la función de ejercer una potestad constitucional propia para reproducir el contenido de un acuerdo previamente adoptado por otra autoridad administrativa de creación legal.

Por las razones expuestas, comparte la Corte la interpretación de la demanda a cuyo tenor la disposición acusada, así como el párrafo 3° del artículo 172 de la Ley 100, y el artículo 204 de la misma norma, consagran, en cabeza del Gobierno Nacional, el deber legal de adoptar

mediante decreto las decisiones aprobadas por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, que, de conformidad con el literal m, del artículo 176 de la Ley, son actos administrativos obligatorios y no meras recomendaciones.

40. En las intervenciones de los representantes del Ministerio de Salud y de Trabajo y Seguridad Social se sostiene que el deber que las normas acusadas atribuyen al Gobierno no atenta contra la estructura orgánica de la rama ejecutiva del poder público ya que, en primer lugar, las tareas que se asignan al Consejo no corresponden a funciones constitucionales del Gobierno o del Presidente de la República y, en segundo lugar, en el Consejo se encuentra representado el Gobierno a través de los ministros del despacho.

[...] Ahora bien, la Ley puede atribuir a entidades administrativas de creación legal o constitucional ciertas funciones que no estén sujetas a la reserva legal y que la C.P. no haya atribuido a otro órgano. En el ejercicio de tales funciones, las entidades administrativas competentes pueden expedir los acuerdos o resoluciones del caso, sin necesidad de que se contemple la expedición posterior de un decreto presidencial que responda o acoja integralmente su contenido. Pero la función derivada del poder reglamentario de estas entidades no puede llegar hasta el punto de constreñir al Gobierno y, en particular, al Presidente - único titular constitucional de la potestad reglamentaria de las leyes - a actuar al margen de su voluntad para adoptar normas decididas por un órgano de inferior jerarquía sujeto a su autoridad. En otras palabras, la facultad constitucional de desarrollar, reglamentar y ejecutar las Leyes, que compete al Presidente, no puede someterse al ejercicio de facultades reglamentarias derivadas de la Ley, radicadas en autoridades subalternas, que le supriman capacidad de creación o de decisión autónomas.

Permitir que la Ley someta la voluntad del Gobierno a decisiones de otro órgano de creación legal y de inferior jerarquía, podría incluso llevar a que el legislativo alterara la arquitectura orgánica que la Constitución diseñó para garantizar el equilibrio de poderes.

Por las razones que quedan anotadas, obligar al Gobierno a adoptar, en ejercicio de sus funciones, decisiones que son producto de la voluntad exclusiva de una entidad administrativa de menor jerarquía, equivale a vulnerar la estructura constitucional de la rama ejecutiva del poder público, invirtiendo el orden jerárquico que la Constitución establece y lesionando la autonomía propia del Presidente en el ejercicio de sus competencias constitucionales.¹⁹ (Subrayado ajeno al texto)

Nótese que se trató de la creación de una autoridad administrativa que, además de ser una instancia de concertación constituía uno de los organismos de dirección del SGSSS y en tal condición se justificaban sus funciones de regulación de los temas centrales o medulares de su operación, y para cuya adopción no podía obligar a la máxima autoridad administrativa a expedir un acto administrativo, justamente, por tratarse de un organismo que, dentro de la estructura de la rama ejecutiva del orden nacional, era de menor jerarquía.

El CNSSS a partir de la creación de la Comisión de Regulación en Salud, pasó a ser un organismo asesor y consultor del Ministerio de la Protección Social y de la mencionada Comisión (párrafo del artículo 3º de la Ley 1122 de 2007) y en tal calidad, no ejerció función alguna y, con posterioridad, a través del artículo 145 de la Ley 1438 de 2011 se dispuso su supresión a través de la derogatoria de los artículos que definían su integración y funciones.

delegar en los ministros, directores de departamentos administrativos, representantes legales de entidades descentralizadas, superintendentes, gobernadores, alcaldes y agencias del Estado que la misma ley determine" (negritas fuera de texto); y, para el caso específico de los servicios públicos, el inciso final del artículo 367, el cual establece que "[l]a ley determinará las entidades competentes para fijar las tarifas" (negritas fuera de texto).

Estas normas constitucionales facultan al legislador para crear diversas entidades o estructuras administrativas del orden nacional. La decisión de crearlas, de definir su perfil institucional y de determinar el grado de independencia de tales estructuras o entidades y su relación con otros órganos nacionales, se encuentra dentro del margen de configuración del legislador. De tal manera que la Constitución no ordena que existan comisiones de regulación de los servicios públicos, pero sí autoriza al legislador para crearlas cuando estime que este tipo de órgano es el adecuado para hacer cumplir el régimen de la regulación de los servicios públicos. También podría el legislador decidir suprimir tales comisiones o, por el contrario, modificar su perfil institucional y ampliar su grado de independencia. En el presente proceso, la Corte parte de la base legislativa que define las características de las comisiones de regulación de los servicios públicos.

[...] 4.4.1.4. Como ya se había anotado al mencionar las características definitorias de la función de regulación, una de las razones que justifica la creación de "agencias del Estado" en tanto que órganos de regulación de determinadas actividades sectoriales -v.gr. la prestación de los servicios públicos- consiste en que esta función sea cumplida por entidades que gozan de independencia respecto del Gobierno, según el perfil institucional que el legislador determine, para propender por la realización de los principios que establece la Constitución respecto de dichas actividades.

[...] Así pues, el legislador, en ejercicio de su potestad de configuración, estableció, con miras a garantizar su imparcialidad y neutralidad, que tales comisiones de regulación (i) son órganos colegiados; (ii) tienen un carácter técnico y especializado; (iii) cuentan con independencia patrimonial; (iv) sus directivos, los comisionados, tienen período fijo; (v) y están sometidos a un régimen de conflicto de intereses, compatibilidades e inhabilidades." (Subrayado ajeno al texto)¹¹¹.

De manera particular, al declarar la constitucionalidad de la creación, financiación y algunas de las funciones otorgadas a la Comisión de Regulación en Salud, la Corte Constitucional a través de la Sentencia C-955 de 2007, luego de examinar el diseño constitucional del régimen de los servicios públicos y la intervención socio económica prevista en la Carta, el ejercicio de la función de regulación socio-económica como forma de intervención económica que reviste unas características propias, la creación de los órganos de regulación en asuntos económicos y sociales, bien derivados de la Constitución o bien por el legislador, encuentra que la creación legal de un organismo de regulación del servicio público de salud tiene fundamento en los artículos 49, 365, 366 y 370 Superiores, se detiene en la naturaleza y alcance o contenido de las funciones de regulación y, puntualiza la facultad que le asiste al legislador en su creación, conforme a la facultas del numeral 7 del artículo 150 de la Carta:

La CRES fue creada a través del artículo 3º de la Ley 1122 de 2007 como un organismo de carácter técnico, conformada por funcionarios del sector central y cinco (5) expertos y constituida como unidad administrativa especial, adscrita al Ministerio de la Protección Social, con los atributos de autonomía administrativa, técnica y patrimonial. Uno de los propósitos de su creación era abandonar la lógica del consenso y la pugna de intereses de los aseguradores, prestadores y afiliados derivada de la representación gremial en el CNSSS.

Su creación estuvo inspirada en el modelo de regulación de las Comisiones propias de los servicios públicos domiciliarios, cuya creación y legitimidad técnica había sido examinada y declarada su exequibilidad por la Corte Constitucional, en la sentencia C-272 de 1998, en la cual señaló:

Conforme a lo anterior, el Legislador tenía competencia constitucional (artículos 365, 367 y 370 de la C.P) para atribuir a las comisiones, si el Presidente lo estimaba conveniente y procedía a efectuar dicha delegación, las funciones relativas a señalar las políticas generales de control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios. También por expresa disposición constitucional, éstas eran competentes para recibir esas funciones, producto de la delegación, en su calidad de agencias del estado fijadas por la Ley. Además, esas funciones, cuya naturaleza es típicamente de la Administración, podían, por razones de eficiencia y efectividad real de los servicios públicos, recaer perfectamente en los organismos especializados que conocieran específicamente del sector, como lo pretendía el Constituyente y como lo plasmó el Legislador. Por consiguiente, la Corte no encuentra ningún vicio de inconstitucionalidad en el artículo 68 de la ley 142 de 1994, por lo cual declaró su exequibilidad.¹⁹⁰

La facultad del Congreso de la República para constituir las Comisiones de Regulación y su naturaleza técnica fue reiterada por el máximo juez de lo constitucional en la Sentencia C-150 de 2003 en los siguientes términos:

Además, el ejercicio de la función de regulación obedece a criterios técnicos relativos a las características del sector y a su dinámica propia, lo cual no significa que las decisiones sobre qué sector regular, para qué fines específicos ha de ser regulado y con qué instrumentos se llevará a cabo dicha regulación, carezcan de una dimensión política cuya definición corresponde generalmente al Congreso de la República.

[...] 4.4.1.3. No sucede lo mismo en el caso de las comisiones de regulación de los servicios públicos. En efecto, estas comisiones de regulación no son órganos de carácter constitucional aunque su creación, como la de otras estructuras administrativas o instituciones, se encuentra autorizada por varias disposiciones constitucionales, a saber, el numeral 7º del artículo 150, según el cual corresponde al Congreso "[d]eterminar 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" (negritas fuera de texto); y el artículo 211 cuyo texto indica que "[l]a ley señalará las funciones que el Presidente de la República podrá

"De todo lo anterior se desprende que la creación de la Comisión de Regulación en Salud -CRES- y la asignación a la misma de funciones de regulación del servicio público (sic) de salud debe tenerse como un simple ejercicio de la atribución constitucional otorgada al legislador por el numeral 7º del artículo 150 superior, en armonía con los numerales 21 y 23 de la misma disposición y con los artículos 49, 365 y 366 de la Carta, motivo por el cual, en principio, los apartes demandados del artículo 3º de la Ley 1122 de 2007¹¹², no resultan inconstitucionales."¹¹³

Es de anotar que, en virtud de los artículos 189, numeral 15 de la Constitución Política y 52, numeral 3 de la Ley 489 de 1998 que facultan al Presidente de la República para suprimir y, en consecuencia, liquidar organismos y entidades del orden nacional se dispuso la supresión y liquidación de la CRES y el traslado de las funciones al Ministerio de Salud y Protección Social.

Por otra parte, además de que la creación del citado Comité de Expertos, con su adscripción al Ministerio de Salud y Protección Social, constituye una entidad u organismo del orden nacional que soslaya el cumplimiento del requisito de iniciativa gubernamental previsto en el segundo inciso del artículo 154 de la Carta, teniendo en cuenta las facultades de regulación que se le otorgan, resulta pertinente lo señalado por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en el Concepto del 30 de julio de 2016, radicación 2416 en el que precisa el concepto de "funciones administrativas", con ocasión de la creación de comités, juntas, consejos, mesas y comisiones para el ejercicio de funciones de concertación, estructuración, seguimiento, coordinación y articulación de políticas en el orden distrital, en los siguientes términos:

A. Las funciones administrativas

Corresponden en principio a actividades encomendadas al ejecutivo y dirigidas a la aplicación de la Constitución, de la ley, y de los ordenamientos inferiores.¹¹⁴

En un sentido más amplio y acorde con nuestra realidad institucional, por función administrativa se entiende aquella que se ejerce por parte de los agentes del Estado y los particulares expresamente autorizados por la ley, y que, excepto para las supremas autoridades administrativas, se caracteriza por la presencia de un poder de instrucción.¹¹⁵

Entonces, el género es la función pública y una de sus especies es la función administrativa, de suerte que su primera característica es la de ser inherente al poder del Estado.

Así las cosas, la función administrativa es siempre actividad del poder estatal, sea que se realice por órganos o autoridades públicas o por particulares, con la finalidad de materializar los derechos y principios consignados en la parte dogmática de la Constitución.¹¹⁶

v. En relación con las funciones previstas en el numeral 7 y el párrafo 2 del artículo 4 del proyecto que en su orden señalan: "7. Definir el reajuste, la activación del mecanismo de

cobertura y pago contenido en el artículo 10 de esta ley, cuando se determine que la UPC asignada, Presupuestos Máximos o tecnologías no incluidas en la UPC son insuficientes para asumir los servicios en salud de la población afiliada y, "Parágrafo 2. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público garantizará las apropiaciones y adiciones presupuestales, así como el giro oportuno, a que haya lugar para sufragar la UPC y Presupuestos Máximos o tecnologías en salud no incluidas dentro de la misma, que defina el Comité, las cuales deberán incluirse en el Presupuesto General de la Nación y ajustarse dentro del Marco Fiscal de Mediano Plazo del año correspondiente, so pena de las sanciones de carácter disciplinario o penal, que interponga la autoridad competente por su incumplimiento", debe indicarse que el reajuste de la UPC y de presupuestos máximos, así como las apropiaciones y adiciones presupuestales, de que trata el artículo en mención, sólo pueden ser incluidas a través del Presupuesto General de la Nación para lo cual, estando en curso una vigencia fiscal, también deberá cumplirse con todo el procedimiento que implica la formación del Presupuesto General de la Nación.

Entre nosotros, la materia presupuestal está delineada constitucionalmente en el Capítulo 3 del Título XII de la Carta, que incluye, entre otros, los artículos 345, 346 y 352 que a la letra disponen:

ARTÍCULO 345. En tiempo de paz no se podrá percibir contribución o impuesto que no figure en el presupuesto de rentas, ni hacer erogación con cargo al tesoro que no se halle incluida en el de gastos.

Tampoco podrá hacerse ningún gasto público que no haya sido decretado por el Congreso, por las asambleas departamentales, o por los concejos distritales o municipales, ni transferir crédito alguno a objeto no previsto en el respectivo presupuesto.

ARTÍCULO 346. (Inciso primero modificado por el artículo 3° del Acto Legislativo 3 de 2011). El Gobierno formulará anualmente el presupuesto de rentas y ley de apropiaciones, que será presentado al Congreso dentro de los primeros diez días de cada legislatura. El presupuesto de rentas y ley de apropiaciones deberá elaborarse, presentarse y aprobarse dentro de un marco de sostenibilidad fiscal y corresponder al Plan Nacional de Desarrollo.

En la ley de apropiaciones no podrá incluirse partida alguna que no corresponda a un crédito judicialmente reconocido, o a un gasto decretado conforme a ley anterior, o a uno propuesto por el Gobierno para atender debidamente el funcionamiento de las ramas del poder público, o al servicio de la deuda, o destinado a dar cumplimiento al Plan Nacional de Desarrollo.

Las comisiones de asuntos económicos de las dos cámaras deliberarán en forma conjunta para dar primer debate al proyecto de presupuesto de rentas y ley de apropiaciones.

ARTÍCULO 352. Además de lo señalado en esta Constitución, la ley orgánica del presupuesto regulará lo correspondiente a la programación, aprobación, modificación, ejecución de los presupuestos de la Nación, de las entidades territoriales y de los entes

descentralizados de cualquier nivel administrativo, y su coordinación con el Plan Nacional de Desarrollo, así como también la capacidad de los organismos y entidades estatales para contratar. (subrayado ajeno al texto)

En relación con las modificaciones que comporten una adición del Presupuesto General de la Nación, el Estatuto Orgánico de Presupuesto contenido en el Decreto 111 de 1996 "Por el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 que conforman el estatuto orgánico del presupuesto", estatuye lo siguiente:

ARTÍCULO 79. Cuando durante la ejecución del Presupuesto General de la Nación seriere indispensable aumentar el monto de las apropiaciones, para complementar las insuficientes ampliar los servicios existentes o establecer nuevos servicios autorizados por la ley, se pueden abrir créditos adicionales por el Congreso o por el Gobierno, con arreglo a las disposiciones de los artículos siguientes (Ley 38/89, artículo 65).

ARTÍCULO 80. El Gobierno Nacional presentará al Congreso Nacional, proyectos de ley sobre traslados y créditos adicionales al presupuesto, cuando sea indispensable aumentar la cuantía de las apropiaciones autorizadas inicialmente o no comprendidas en el presupuesto por concepto de gastos de funcionamiento, servicio de la deuda pública e inversión (Ley 38/89 artículo 66; Ley 179/94 artículo 55 inciso 13 y 17).

ARTÍCULO 81. Ni el Congreso ni el Gobierno podrán abrir créditos adicionales al presupuesto sin que en la ley o decreto respectivo se establezca de manera clara y precisa el recurso que ha de servir de base para su apertura y con el cual se incrementa el Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital, a menos que se trate de créditos abiertos mediante contra créditos a la ley de apropiaciones (Ley 38/89, artículo 67).

ARTÍCULO 88. Los créditos adicionales al presupuesto de gastos no podrán ser abiertos por el Congreso sino a solicitud del Gobierno, por conducto del Ministro de Hacienda y Crédito Público (Ley 38/89 artículo 71. Ley 179/94 artículo 55 inciso 2o.).

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la iniciativa para presupuestar es competencia exclusiva del Gobierno Nacional, la que debe ejercerse teniendo en cuenta las condiciones macroeconómicas y fiscales del Estado colombiano; la cual se soporta en las responsabilidades presupuestales que al Gobierno Nacional le ha atribuido la misma Constitución Política.

Esta potestad, ha sido reconocida por la Corte Constitucional, en reiterada jurisprudencia, entre otras, en la Sentencia C-593 de 1997 cuando expone:

"La iniciativa en materia de gasto público se reconoce tanto al Gobierno como al Congreso. No obstante, se ha advertido¹⁷³ que "las competencias en materia de gasto público están distribuidas de manera tal que sólo el Gobierno puede definir el contenido del proyecto de presupuesto que deberá ser presentado al Congreso, sin

perjuicio de que a su turno el órgano ejecutivo deba sujetarse a las disposiciones constitucionales pertinentes".

Es decir, que si bien el Congreso puede decretar un gasto, sin embargo, su inclusión en el presupuesto es facultativo del Gobierno. Por lo tanto, aquél no puede impartirle órdenes, o darle instrucciones o autorizaciones que supongan una imposición o un mandato perentorio para que un determinado gasto se incluya en el presupuesto.

La inclusión en el Presupuesto General de la Nación de un gasto propuesto por el Congreso, resulta ser una opción condicionada a la voluntad del Gobierno, en virtud del principio general de que la iniciativa presupuestal en materia de realización de gastos es una atribución propia del ejecutivo (C.P. arts. 346 y 347). Confirma esta aseveración el artículo 351 de la C.P. que prohíbe al Congreso "aumentar ninguna de las partidas del presupuesto de gastos propuestas por el Gobierno, ni incluir una nueva, sino con la aceptación escrita del ministro del ramo".

Los criterios señalados corresponden a la jurisprudencia constante¹⁷⁴ de la Corte sobre el tema que se puede auscultar en diferentes sentencias sobre el particular.

Es del caso señalar que la incorporación de gastos en el presupuesto a iniciativa del Congreso, no puede obedecer sólo a la mera voluntad del Gobierno, sino que debe ser el resultado de la evaluación de factores objetivos, como los que puntualiza la ley Orgánica del Presupuesto a saber: la disponibilidad de recursos, que el gasto coincida con una responsabilidad de la Nación y, por supuesto, que aquél se contemple en el plan nacional de inversiones. En efecto, el decreto 111 de 1996, señala:

"ARTICULO 39. Los gastos autorizados por leyes preexistentes a la presentación del proyecto anual de Presupuesto General de la Nación, serán incorporados a éste, de acuerdo con la disponibilidad de recursos y las prioridades del Gobierno, si corresponden a funciones de órganos del nivel nacional y guardan concordancia con el Plan Nacional de Inversiones, e igualmente las apropiaciones a las cuales se refiere el parágrafo único del artículo 21 de la ley 60 de 1993".¹⁷⁵

Y en la sentencia C-036 de 2023, la Corte Constitucional precisó la importancia de las competencias compartidas entre el Gobierno Nacional y el Congreso de la República, en la elaboración, aprobación y modificación del Presupuesto General de la Nación, en los siguientes términos:

"16. En atención al impacto del presupuesto desde la perspectiva democrática, social, económica, política y contable, la Constitución definió una serie de reglas en materia presupuestal que se clasifican como: a) reglas de competencia, esto es, las que asignan funciones concretas a las autoridades en el proceso presupuestal; b) reglas de procedimiento que definen el trámite a seguir en relación con algunas de las etapas y operaciones sobre el presupuesto; y c) disposiciones materiales, es decir, aquellas que definen los contenidos del presupuesto.

[...] 20. Como se ve, en el diseño constitucional sobre la elaboración y aprobación del presupuesto general de rentas y ley de apropiaciones se definen competencias diferenciadas entre el Gobierno nacional y el Congreso de la República. Al primero, en lo sustancial, se le asignan las funciones exclusivas sobre la elaboración del proyecto, su presentación ante el Congreso y la emisión de conceptos previos y vinculantes frente a las propuestas de modificación. Por su parte, el Congreso de la República tiene la competencia de discusión y aprobación del presupuesto, en el que puede modificar algunos de los elementos presentados por el Gobierno y proponer aumentos en la estimación de los ingresos y de los gastos; estos últimos exigen de la autorización escrita del Gobierno.

[...] 27. A partir de las reglas previstas en la Carta Política, el principio de legalidad del presupuesto exige la definición democrática de un ámbito temporal sobre los recursos públicos, pues los presupuestos comprenden un período fiscal específico; un límite cuantitativo, ya que se proyectan los montos de los ingresos y se emiten autorizaciones máximas de gasto; y, finalmente, un límite material sobre la destinación del gasto porque en los presupuestos se indica en qué se deben emplear los recursos públicos. De manera que, la competencia de las corporaciones públicas de elección popular incluye la aprobación del monto de los recursos disponibles (rentas), las autorizaciones máximas de gastos (apropiaciones) y la destinación de los recursos. Adicionalmente, la modificación de estos elementos exige, por regla general, la aprobación de la corporación de elección popular respectiva salvo algunas operaciones presupuestales en las que se pueden alterar esos elementos directamente por el Ejecutivo, como se explicará más adelante, por ejemplo, en relación con los recursos de cooperación internacional no reembolsables.¹⁷⁶ (Subrayado fuera del texto)

Las sentencias arriba señaladas, toman mayor importancia cuando en concepto de esa honorable Corporación, el derecho a la seguridad social y el derecho fundamental a la salud, previstos en la Carta, requieren normas presupuestales, procedimientos y una organización que hagan viable el servicio público de salud y que sirvan, además, para mantener el equilibrio del sistema; pues, es evidente la necesaria coherencia fiscal entre lo que es posible ejecutar y las necesidades que el Estado debe atender, que se hace manifiesta tanto, en la Constitución Política como en la Ley Orgánica del Presupuesto al prever una iniciativa especial para definir el monto de ingresos y las autorizaciones de gastos, así como para aumentar los gastos de funcionamiento, en aras de la prevalencia del interés general.

De manera adicional, no podría aceptarse que, con el proyecto de ley de la referencia, un comité integrado mayoritariamente por sectores privados ordene al Gobierno Nacional la modificación de la ley del Presupuesto General de la Nación, para la inclusión de un gasto por él creado. Se reitera que, de acuerdo con las normas presupuestales citadas y la jurisprudencia anotada, durante la ejecución del presupuesto, solo el Ministro de Hacienda y Crédito Público puede proponer adiciones al Congreso, y puede reducir o retrasar la ejecución de apropiaciones, cuando los ingresos han caído o deba restablecer la coherencia macroeconómica.

En relación con la función de "5. formular estudios técnicos sobre temas asociados al SGSSS, incluyendo financiamiento, flujo de los recursos en el sistema, utilización de los servicios de

<p><i>salud</i>” de dicho artículo, constituye una orden de gasto que, además de vulnerar los principios y reglas del sistema presupuestal colombiano antes indicadas, por ser completamente aplicable al presente asunto debe recordarse lo señalado por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Honorable Consejo de Estado a través del Concepto No. 1794 de 12 de diciembre de 2006, en relación con la destinación de recursos del entonces FOSYGA, hoy recursos del sistema administrados por la ADRES, para financiar estudios o encuestas especializadas, en el cual señaló:</p> <p>“El contexto del numeral 2 que se analiza, es el de la aprobación del presupuesto del FOSYGA, de manera que las partidas que se contemplen en el mismo deben estar en consonancia con las atribuciones y funciones que le son propias. De esta forma, las partidas para el “apoyo técnico, auditoría y remuneraciones fiduciarias” deben hacer referencia a la forma como se administra el Fondo, que según el artículo 218 de la ley 100 de 1993 se efectúa mediante un encargo fiduciario. <u>No se pueden sacar de contexto una o varias de estas expresiones para entenderlas como autorizaciones para financiar gastos que en principio no son los propios del fondo cuyo presupuesto se evalúa y aprueba. Como se expuso antes, le corresponde al Ministerio de la Protección Social el elaborar los estudios y propuestas necesarios para la toma de las decisiones en el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, de manera que utilizar los recursos de éste para cumplir funciones a cargo de otro organismo, es inadecuado.</u></p> <p>En la regla que se comenta, aparece que la finalidad de estos requerimientos presupuestales de apoyo técnico tienen como finalidad “garantizar el manejo integral del FOSYGA”, expresión que debe entenderse como el manejo administrativo y financiero del Fondo a cargo de la fiduciaria contratada al efecto, de conformidad con el artículo 218 de la ley 100 de 1993. Considera la Sala que esta expresión no puede tomarse en forma aislada de la citada ley ni tampoco de las demás normas del decreto en cita, dedicado fundamentalmente a reglamentar la composición financiera y contable del Fondo y las subcuentas que lo componen. <u>Es por demás claro que las competencias políticas y administrativas para la toma de las decisiones sobre su manejo, le corresponden al gobierno y al mismo Consejo, quien cuenta con el apoyo de Ministerio de la Protección Social según se analizó anteriormente.</u>”</p> <p>v. A través del artículo 10. del proyecto, se establece la obligación de los Ministerios de Salud y Protección Social y de Hacienda y Crédito Público de disponer de “<i>un mecanismo de cobertura y pago, (...) con cargo al presupuesto General de la Nación, para asumir de manera excepcional el aumento en la siniestralidad, así como los mayores costos en salud de las enfermedades, huérfanas y otras tecnologías de alto valor.</i>” y que “<i>Dicho mecanismo establecerá el tope máximo de siniestralidad, a partir del cual, las tecnologías y servicios en salud que lo excedan serán asumidos directamente por el Ministerio de Salud y Protección Social, bajo la modalidad de pago directo, velando por la sostenibilidad del SGSSS y el flujo de recursos a los diferentes actores.</i>”</p> <p>Con esta disposición bajo la figura de “mecanismo de cobertura y pago” se busca establecer el cubrimiento como si fuese un reaseguro de todas las prestaciones de salud sean o no de alto costo para toda la población y por “tecnologías de alto valor”, con lo cual, al tiempo que</p>	<p>vulneraría el artículo 49 de la Carta, modificado por el A.L. 2 de 2009, que consagra la organización en forma descentralizada de los servicios de salud por niveles de atención y con participación de la comunidad, vulnera el principio de eficiencia y revocaría el servicio de seguridad social en salud y el aseguramiento en salud previsto en la normativa vigente, lo que conduciría a preguntarse el rol que cumplen las entidades promotoras de salud y la legitimidad que pueden tener en la obtención de recursos públicos sin causa legal alguna.</p> <p>En desarrollo de la Constitución Política, tanto la prestación del servicio de seguridad social como de salud a cargo del Estado, se ha manejado en forma descentralizada. Con este proyecto de ley se centraliza el manejo del aumento de siniestralidad de las tecnologías en salud y de las patologías de alto costo, así como el pago de todas las tecnologías de alto valor que se introduzcan en el sistema de salud y, por la vía de un artículo como el propuesto, la asunción de aspectos y obligaciones que corresponden a otros niveles de atención u otros responsables.</p> <p>Al asumir la Nación el manejo centralizado de la garantía de acceso a los servicios de salud, asumiendo riesgos propios de la prestación de los servicios de salud asociados al incremento de la siniestralidad o a la atención de las patologías de alto costo o de “tecnologías de alto valor”, retomando a su vez el rol que fuera asignado a un tercer administrador (Entidades Promotoras de Salud), se violaría el principio constitucional de la descentralización, contrariando los principios que orientan el sistema general de seguridad social en salud y el derecho fundamental a la salud previstos en los numerales 3.2, 3.7, 3.9, 3.13, y 3.15 del artículo 153 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 3º de la Ley 1438 de 2011 y literales i) y k) del artículo 6º de la Ley 1751 de 2015, Estatutaria del derecho fundamental a la salud.</p> <p>De otra parte, el Ministerio de Salud y Protección Social sumaría a su papel de rectoría como órgano de dirección y formulador de políticas, el de operador al entrar a participar en el aseguramiento de la población; esta discusión ha sido ampliamente superada con la expedición de la Constitución Política y de las leyes 100 de 1993, 489 de 1998 y 715 de 2001, en la medida en que, con la separación se elude el evidente conflicto de regular y controlar en forma simultánea lo que, a su vez, debe ejecutar.</p> <p>Frente a este aspecto, debe advertirse que el Legislador para la administración y ejecución de los recursos del sistema de salud que realizaba el Ministerio de Salud y Protección Social a través del FOSYGA, fondo cuenta sin personería jurídica, ni planta de personal propia que le estaba adscrita, en el año 2015 decide crear la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud-ADRES con el fin de garantizar el adecuado flujo y los respectivos controles de recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud y cuyo objeto es “<i>administrar los recursos que hacen parte del Fondo de Solidaridad y Garantías (Fosyga), los del Fondo de Salvamento y Garantías para el Sector Salud (Fonsaet), los que financian el aseguramiento en salud, los copagos por concepto de prestaciones no incluidas en el plan de beneficios del Régimen Contributivo, los recursos que se recauden como consecuencia de las gestiones que realiza la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPPP)</i>”, de manera que,</p>
<p>radicar, vía “pago directo”, la administración directa del incremento de siniestralidad o del alto costo modifica en forma directa las funciones y competencias de esta cartera ministerial.</p> <p>Adicionalmente, la creación de un mecanismo de “cobertura y pago” como el propuesto, como una forma de reaseguro, con cargo a los recursos del Presupuesto General de la Nación, tal como se indicó en el numeral anterior, quebrantaría las disposiciones constitucionales que informan el proceso presupuestal colombiano, en especial, la competencia de su iniciativa, la fuente de recursos y los términos en que se debe llevar a cabo toda adición presupuestal, al disponer una orden de gasto en el Ministerio de Salud y Protección Social para un uso de recursos ajeno a la normativa vigente y de responsabilidad de otras entidades.</p> <p>En relación con el sistema de aseguramiento vigente, adoptado a través de la Ley 100 de 1993 y sus modificaciones, Leyes 1122 de 2007, 1438 de 2011, 1603 de 2013, 1753 de 2015, 1797 de 2016, 1955 de 2019 y 2294 de 2022, entre otras, debe indicarse en primer término, que el concepto de seguridad social alude a la protección social de las personas y los hogares frente a las contingencias de salud, vejez, invalidez, accidentes laborales, maternidad o pérdida de ingresos y, en tal medida, constituye un seguro.</p> <p>En segundo lugar, el SGSSS organizado por la Ley 100 de 1993, establece la seguridad social como un derecho irrenunciable de los habitantes del territorio nacional, y como un servicio público obligatorio, cuya organización debe hacerse conforme a los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia, que buscó la complementación entre los proveedores de servicios públicos y privados y, la competencia de los administradores y prestadores; de manera que se configuró como un sistema de aseguramiento, en el que se establecen los regímenes, contributivo y subsidiado, su financiación y los responsables de su administración, quienes deben prestar el plan de beneficios.</p> <p>En ese esquema de aseguramiento, hay un manejo del riesgo, que busca disminuir para los afiliados la incertidumbre financiera asociada con la ocurrencia de los eventos de enfermedad futuros e inciertos, es decir, las contingencias de salud, mediante instrumentos financieros y de agrupación de riesgos y para ello, el Sistema reconoce a las aseguradoras, el valor de la Unidad de Pago por Capitación - UPC por la prestación directa o indirecta de los servicios de salud contenidos en el plan de beneficios; unidad que busca evitar el incremento de costos y las diferencias de protección al afiliado, mediante la agrupación de individuos con diferentes riesgos de salud. En este sentido, puede afirmarse que las entidades promotoras de salud actúan como una forma especial de aseguradoras, que reciben como pago una prima, la unidad de pago por capitación, para el cubrimiento de las prestaciones de salud.</p> <p>En tercer lugar, según lo concebido en la Ley 100 de 1993 y el desarrollo de la Honorable Corte Constitucional, en su profusa jurisprudencia del derecho a la salud, en la que ha señalado que la UPC constituye el valor del aseguramiento <i>per cápita</i> que da derecho al afiliado a recibir del sistema la atención en salud que requiera, dentro de los parámetros del plan de beneficios, con independencia de su capacidad de pago y de su aporte al sistema y que, a su vez, constituye el instrumento a través del cual estimula la eficiencia de las EPS, así como la economía en la prestación de los servicios médicos por las IPS, derivado del manejo</p>	<p>competente de los recursos que reciben; el legislador, a través del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, delineó claramente el aseguramiento en salud.</p> <p>El aseguramiento en salud, conforme a lo estatuido en la citada ley, comprende: i) la administración del riesgo financiero, ii) la gestión del riesgo en salud, la articulación de los servicios que garantice el acceso efectivo, la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud y iii) la representación del afiliado ante el prestador y los demás actores sin perjuicio de la autonomía que le asiste al afiliado, y que estas funciones tienen el carácter de indelegables. Este aseguramiento social implica que el asegurador asuma el riesgo transferido por el usuario y cumpla con las obligaciones que, en materia de las prestaciones en salud, se encuentran establecidas en el hoy plan de beneficios financiado con la UPC que consulta los costos de su prestación en condiciones medias de calidad, tecnología y hotelería. La definición de este valor también consulta principios como los de sostenibilidad y eficiencia del Sistema de Salud.</p> <p>En relación con el cubrimiento de las enfermedades de alto costo, la mencionada Ley en su artículo 19 dispuso “<i>Aseguramiento del Alto Costo.</i> Para la atención de enfermedades de alto costo las entidades promotoras de salud contratarán el reaseguro o responderán, directa o colectivamente por dicho riesgo, de conformidad con la reglamentación que sobre la materia expida el Gobierno Nacional.”, con lo cual reitera la calidad de aseguradoras de las entidades promotoras de salud y la obligación de reasegurar o transferir parte de los riesgos que ha asumido a otra compañía de seguros llamada reasegurador, con lo cual cubre los excesos de siniestralidad que se puedan derivar del aseguramiento al que se encuentran obligadas.</p> <p>En este contexto, si se presenta un incremento en la siniestralidad o de mayores costos en la atención de las enfermedades huérfanas o por otras “tecnologías de alto valor”, en cumplimiento de las obligaciones legales propias del aseguramiento, las EPS tienen la obligación de acudir a las reservas técnicas para responder de manera efectiva por las mayores frecuencias de uso de servicios o por los incrementos en los costos de la atención médica, para garantizar la prestación de los servicios de sus afiliados.</p> <p>La orden de disponer de un mecanismo de cobertura y pago también niega la existencia del aseguramiento en salud, en tanto lo que se pretendemos unas simples administradoras de recursos a quienes se les debe dar mayores recursos para es desconocer la obligación de las EPS de la administración del riesgo financiero y tratarlas como el pago de los servicios y tecnologías en salud ocasionados por los afiliados; tal situación de manera clara y contundente, pone en cuestión la validez y necesidad del aseguramiento hoy vigente y, el reconocimiento de unos gastos de administración sin causa legal.</p> <p>Por otra parte, el reconocimiento de mayores recursos por “tecnologías de alto valor”, concepto que, a pesar de que no se define en el proyecto, constituiría una vulneración del principio de eficiencia consagrado en los artículos 48 de la Carta, 153, numeral 3.9 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 3º de la Ley 1438 de 2011 y, 6º literal k) del de la Ley 1751 de 2015 que, en términos de esta última hace relación a gestionar “la mejor utilización social y</p>

económica de los recursos, [financieros] servicios y tecnologías disponibles para garantizar el derecho a la salud de toda la población.”

El principio de eficiencia, de raigambre constitucional implica la correcta utilización de los recursos para que se cubran las contingencias en salud según la necesidad de las personas, en el tiempo de respuesta y con la utilización de los medios idóneos para satisfacer la necesidad y así, satisfacer el derecho a la salud y la calidad de vida de toda la población, que en el modelo hoy vigente, como se anotó, en virtud del modelo de aseguramiento se encuentra a cargo de las Entidades Promotoras de Salud.

En desarrollo del mismo, el sistema de salud prevé un plan de beneficios como el conjunto de tecnologías en salud que considera el perfil epidemiológico y carga de la enfermedad de la población, los riesgos cubiertos y los costos de prestación del servicio en condiciones medias de calidad, tecnología y hotelería, y la disponibilidad de recursos, que se encuentra financiado con los recursos de la unidad de pago por capitación-UPC, y el cubrimiento de los servicios y tecnologías en salud no financiados con cargo a los recursos de la UPC.

- vi. En relación con el cubrimiento las prestaciones de salud no financiadas con la UPC, el legislador, a través del artículo 240 de la Ley 1955 de 2019, dispuso la creación del denominado "techo o presupuesto máximo" como el instrumento financiero para alcanzar la eficiencia en el manejo de los recursos, garantizar la sostenibilidad financiera de la seguridad social en salud y garantizar la prestación de estos servicios y tecnologías, y con ello, el cumplimiento de los principios de integralidad y continuidad de la atención (artículos 8° y 6°, literal d) de la Ley 1751 de 2015).

La concreción del principio de eficiencia de este instrumento se traduce en la obligación de las entidades promotoras de salud de gestionar los servicios y tecnologías en salud no financiados con la UPC con cargo a los recursos del techo o presupuesto máximo que se les transfiere, para lo cual deberán aplicar los valores máximos por tecnología o servicio que defina el Ministerio de Salud y Protección Social y la facultad de "implementar mecanismos financieros y de seguros para mitigar el riesgo asociado a la gestión de los servicios y tecnologías no financiados con cargo a los recursos de la UPC."^[7]

En este sentido, las EPS están obligadas al manejo eficiente de los recursos y observar los criterios normativos que soportan el techo o presupuesto máximo, de manera que los presupuestos máximos a diferencia de los recobros, figura jurídica a través de la cual se reconocía el pago de las prestaciones asistenciales no previstas en el plan de beneficios, no constituye un reembolso de los gastos incurridos en su prestación, ni se pagan las tecnologías en salud y servicios a cualquier valor, sino que se deben observar los valores de referencia, no el precio que imponga el proveedor de la tecnología en salud y que, con el artículo propuesto, al tiempo que releva a las entidades promotoras de salud de las obligaciones propias del aseguramiento, se pretende que sea cubierto por la Nación.

Así las cosas, no podría admitirse que bajo la creación del denominado "mecanismo de cobertura y pago" por cuenta del Presupuesto General de la Nación, se desmonte parcialmente

el esquema de aseguramiento, hoy vigente, tal como lo hace el proyecto, sin considerar el grave e irremediable daño que se le hace al Sistema, al contravenir el proyecto, el principio de eficiencia dado que, pese al reconocimiento de que el proyecto "tendría impacto para las finanzas públicas," y de que "los recursos en su implementación saldrían de los presupuestos asignados a cada una de las instituciones encargadas de administrar el Sistema de Seguridad Social en Salud" según la explicación contenida en la exposición de motivos, se apropiarian anualmente sumas incalculables, que claramente si tendría un claro impacto fiscal.

- vii. De otra parte, y sin perjuicio de reiterar la inconstitucionalidad de la norma por falta de iniciativa, si lo que se pretende es que el Comité sea un escenario de expertos, que fue la fórmula de la CRES, deberían estar sujetos a un régimen de inhabilidades e incompatibilidades tal y como lo previó art. 5° de la Ley 1122 de 2007. Adicionalmente, el proyecto no establece la forma de adopción de las decisiones del Comité lo cual deja en un limbo su funcionamiento
- viii. Así mismo, dentro de los requisitos generales de definición de la UPC (art. 5°) no se advierte la transparencia, como uno de los principios del Sistema de Salud (artículo 3° de la Ley 1438 de 2011).

CONCLUSIÓN

Con base en el análisis realizado, se advierte que el proyecto presenta problemas de **CONSTITUCIONALIDAD de CONVENIENCIA** que conduce a que este Ministerio solicite su **ARCHIVO**.

Cordialmente,

Firmado digitalmente
por Luis Alberto
Martínez Saldarriaga
LUIS ALBERTO MARTINEZ SALDARRIAGA
Viceministro de Protección Social

Elaboraron: MBarrios,DRBCTAS
J.F. Romero, VPS

Revisó: J.Romero
Asesor Viceprotección Social

Aprobó: E.Betancur, DRBCTAS

CORTE CONSTITUCIONAL, sent. T-760 de 31 de julio de 2008, MP Manuel José Cepeda Espinosa. CORTE CONSTITUCIONAL, sent. C-313 de 29 de mayo de 2014, M.P. Gabriel Mendoza martelo.
[3] *ib.*
[4] CORTE CONSTITUCIONAL, sent. C-577 de 4 de diciembre de 1995, MP Eduardo Cifuentes Muñoz.
[5] CORTE CONSTITUCIONAL, sent. T-760 de 31 de julio de 2008, MP Manuel José Cepeda Espinosa.
[6] Rodríguez, Sandra Milena, "El poder de voto en el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud", en *Revista de Economía Institucional*, Vol. 9, número 16, 2007, págs. 249 (223-253).

[7] CORTE CONSTITUCIONAL, sent. C-1707 de 12 de diciembre de 2000, M.P. Cristina Pardo S.
[8] CORTE CONSTITUCIONAL, sent. C-110 de 13 de marzo de 2019, M.P. Alejandro Linares Cantillo..
[9] CORTE CONSTITUCIONAL, sent. C-577 de 4 de diciembre de 1995, citada.
[10] CORTE CONSTITUCIONAL, sent. C-272 de 3 de junio de 1998, MP Alejandro Martínez Caballero.
[11] CORTE CONSTITUCIONAL, sent. C-150 de 25 de febrero de 2003, MP Manuel José Cepeda E.
[12] Estos apartes, se recuerda, son del siguiente tenor: "Artículo 3°. Comisión de Regulación en Salud: Creación y naturaleza. Créase la Comisión de Regulación en Salud (CRES) como unidad administrativa especial, con personería jurídica, autonomía administrativa, técnica y patrimonial, adscrita al Ministerio de la Protección Social."
[13] CORTE CONSTITUCIONAL, sent. C-955 de 14 de noviembre de 2007, MP Marco Gerardo Monroy C.
[14] Consejo de Estado. Sala Plena. Sentencia del 14 de mayo de 1985. Expediente 10.
[15] Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 10 de febrero de 2010. Expediente AC 9407.
[16] Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 8 de junio de 2011. Expediente 2004-00540.
[17] Cfr. Sentencia C-360/96 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
[18] Cfr. Ver sentencia C-490/94, entre otras.
[19] CORTE CONSTITUCIONAL, sent. C-593 de 20 de noviembre de 1997, MP Antonio Barrera Carbonell.
[20] CORTE CONSTITUCIONAL, sent. C-036 de 20 de noviembre de 2003, MP Antonio Barrera Carbonell.
[21] Párrafo del artículo 240 de la Ley 1955 de 2019.

CONCEPTO JURÍDICO DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO AL TEXTO APROBADO EN SEGUNDO DEBATE DEL PROYECTO DE LEY NÚMERO 194 DE 2024 SENADO

por medio de la cual se fortalecen y protegen las Plazas de Mercado Públicas, se promueven los Mercados Campesinos, Étnicos y Comunitarios y se dictan otras disposiciones (en adelante el “proyecto”).

<div style="text-align: center;">  <p>Superintendencia de Industria y Comercio</p> </div> <div style="border: 1px solid black; padding: 5px; margin: 10px auto; width: fit-content;"> <p style="text-align: center; margin: 0;">SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO</p> <p style="margin: 0;">RADICACION: 25-400342--0-0 FECHA: 2025-08-20</p> <p style="margin: 0;">DEPENDENCIA: 12 GRUPO DE 12.04.57</p> <p style="margin: 0;">TRABAJO DE REGULACIÓN EVENTO: SIN EVENTO</p> <p style="margin: 0;">TRAMITE: 334 REMISIONFORMA FOLIOS: 7</p> <p style="margin: 0;">ACTUACION: 425 REMISIONFORMACI</p> </div> <p>Bogotá D.C.</p> <p>Doctor DIEGO ALEJANDRO GONZÁLEZ GONZÁLEZ Secretario General SENADO DE LA REPÚBLICA CONGRESO DE LA REPÚBLICA secretaria.general@senado.gov.co</p> <p>Asunto: Comentarios de la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO al texto aprobado en segundo debate del Proyecto de Ley No. 194 de 2024 (SENADO) <i>“Por medio de la cual se fortalecen y protegen las plazas de mercado públicas, se promueven los mercados campesinos, étnicos y comunitarios y se dictan otras disposiciones”</i> (en adelante el “proyecto”).</p> <p>Respetado Doctor:</p> <p>Esta Superintendencia realiza un seguimiento permanente a los proyectos de ley que pueden tener incidencia en el ejercicio de las funciones constitucionales y legales que le han sido asignadas. En consecuencia, y después de haber revisado la iniciativa indicada en el asunto, nos permitimos pronunciarnos sobre el Artículo 19 del proyecto —relativo al “rotulado y etiquetado”—, en los siguientes términos:</p> <p>(i) Observaciones conforme al régimen común de propiedad industrial de la COMUNIDAD ANDINA</p> <p>Esta Superintendencia, como Oficina Nacional Competente¹ en el marco de la Decisión 486 de 2000² de la Comisión de la COMUNIDAD ANDINA, es competente para “administrar el Sistema Nacional de Propiedad Industrial y tramitar y decidir asuntos relacionados con la misma”, bajo este supuesto, a esta Entidad le corresponde la concesión y registro de los títulos de propiedad industrial, adelantando los respectivos trámites de concesión de patentes, registro de marcas, diseños industriales y esquemas de trazado, así como los temas relacionados con la infracción a la propiedad industrial por disposición del artículo 24³ de la Ley 1564 de 2012.</p> <p><small>¹ Numerales 51 y 52 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, en concordancia con la Decisión Andina 486 de 2000 de la Comisión de la COMUNIDAD ANDINA. ² La Decisión Andina 486 de 2000, es una norma comunitaria que dispone el régimen común sobre propiedad industrial aplicable a los países miembros de la COMUNIDAD ANDINA. Esta norma define tanto aspectos sustanciales como procedimentales, respecto de estos últimos, deben incorporarse las disposiciones referentes al trámite fijado en el Título X de la Circular Única de esta Superintendencia. ³ Artículo 24. Ejercicio de funciones jurisdiccionales por autoridades administrativas. Ley 1564 de 2012. “Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones”.</small></p>	<p>En virtud de lo anterior, se considera pertinente solicitar la modificación de la iniciativa para armonizarla con las normas que regulan el régimen común de propiedad industrial, como se expone a continuación:</p> <p>Inicialmente, resulta necesario distinguir el régimen aplicable al rotulado y etiquetado del correspondiente a las marcas, separándolos en disposiciones normativas independientes con el fin de evitar confusiones, especialmente considerando que se trata de materias bajo la competencia de entidades distintas y con atribuciones debidamente delimitadas.</p> <p>En relación con ello, el parágrafo primero del artículo en comento, establece que “(...) El gobierno nacional en articulación con las entidades territoriales deben reglamentar y promover las marcas, sellos y sistemas participativos (...)”. Conforme a lo expuesto previamente, cabe reiterar que la Decisión 486 de la Comisión de la COMUNIDAD ANDINA constituye el Régimen Común de Propiedad Industrial vigente para los países que integran dicha organización internacional, esto es, Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú.</p> <p>Esta Decisión, por su carácter supranacional, goza de preeminencia respecto de las normas internas de sus países miembros. En consecuencia, cualquier disposición interna que entre en conflicto con la norma comunitaria será desplazada, aplicándose esta última con preferencia.</p> <p>Respecto al principio de preeminencia del Derecho Comunitario Andino, el TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA ha manifestado:</p> <p><i>“Haciendo un análisis de la posición o jerarquía del Ordenamiento Jurídico Andino (...) dicho ordenamiento goza de prevalencia respecto de los ordenamientos jurídicos de los Países Miembros y respecto de las Normas de Derecho Internacional, en relación con las materias transferidas para la regulación del orden comunitario. En este marco ha establecido que, en caso de presentarse antinomias entre el Derecho Comunitario Andino y el derecho interno de los Países Miembros, prevalece el primero, al igual que cuando se presente la misma situación entre el Derecho Comunitario Andino y las normas de derecho internacional”.</i></p> <p>En el mismo sentido, el CONSEJO DE ESTADO, en decisión del 14 de octubre de 2016, indicó lo siguiente:</p> <p><i>“Desde el punto de vista jurídico, la supranacionalidad da origen al Derecho Comunitario entendido como el conjunto de decisiones obligatorias para los estados miembros y para sus nacionales, que al ser adoptadas por autoridades supranacionales tienen efecto directo en el ordenamiento jurídico interno tanto en el sentido de no requerir de los trámites generalmente previstos para la entrada en vigor de los instrumentos internacionales, como por desplazar el derecho interno (...)”.</i></p> <p>En ese orden de ideas, todas las actuaciones administrativas que adelante esta Superintendencia en su calidad de Oficina Nacional Competente en materia de propiedad industrial deben atender a las disposiciones comunitarias. Por tanto, cualquier estrategia de promoción del acceso a mecanismos de protección de derechos de propiedad</p>
<p>intelectual se debe enmarcar dentro de los límites de régimen comunitario del cual Colombia hace parte.</p> <p>Las normas comunitarias en materia de propiedad industrial establecen requisitos específicos para la protección de los distintos signos distintivos, así como aspectos procedimentales a través de los cuales se puede solicitar dicha protección. Estos aspectos han sido recogidos y desarrollados con mayor nivel de detalle en el Título X⁴ de la Circular Única de esta Superintendencia, que regula las diferentes etapas del procedimiento de concesión y registro de signos distintivos —incluidas las marcas— además de las tarifas asociadas a cada trámite.</p> <p>Ahora bien, la norma comunitaria consagra que la legislación nacional puede desarrollar los aspectos previstos en la normativa andina conforme al principio de complemento indispensable. Este principio permite a los Países Miembros adoptar soluciones legislativas para situaciones no contempladas expresamente en la ley comunitaria, en consideración a que es posible que aquella no prevea todos los casos susceptibles de regulación jurídica.</p> <p>En este sentido, cuando la norma comunitaria deja bajo la responsabilidad de los Países Miembros la implementación o el desarrollo de aspectos no regulados directamente, corresponde a estos asumir dicha función bajo estricta sujeción al principio de complemento indispensable. De esta forma, las disposiciones nacionales que se adopten no pueden introducir requisitos adicionales, exigencias ni regulaciones que alteren o restrinjan el contenido esencial del derecho comunitario, particularmente si ello implica una disminución del nivel de protección ya reconocido.</p> <p>De acuerdo con lo anterior, atendiendo a que existe una regulación específica en lo sustantivo y procedimental en materia de propiedad industrial que debe seguirse para cada uno de los trámites —entre ellos, el trámite de registro marcario—, no es necesario exhortar a una nueva reglamentación, sino que debe tenerse de presente que la protección de las marcas derivadas de esta iniciativa legislativa debe hacerse bajo el marco normativo existente y aplicable de manera preferente en la COMUNIDAD ANDINA.</p> <p>Por otra parte, el parágrafo primero también hace referencia a <i>“marcas, sellos y sistemas participativos de garantías y de confianza que certifiquen los productos propios de la economía campesina, étnica, familiar y comunitaria”</i>. En este sentido, es preciso señalar que si se pretende obtener el derecho exclusivo sobre una marca que certifique las características de determinado producto o servicio se deberá seguir lo dispuesto en la Decisión 486 del 2000 en lo relativo a las “marcas de certificación”, por tratarse del tipo de signo distintivo que mejor se adecua a dicha finalidad.</p> <p>Siguiendo esta línea, resulta necesario que se surta un procedimiento administrativo de solicitud de registro ante esta Superintendencia, que en el evento de ser favorable</p> <p><small>⁴ Para más información puede consultar el Título X de la Circular Única de esta Superintendencia en el siguiente enlace: https://defelectronica.sic.gov.co/transparencia/normativa/busqueda?id=normas/entidad?combine=&field_clasificacion2_target_id=178&field_clasificacion5_target_id=All&field_fecha_publicacion_valor=</small></p>	<p>generaría la expedición de un acto administrativo debidamente motivado mediante el cual se concede el derecho solicitado. Sobre este asunto, la Decisión 486 de 2000 dispone lo siguiente:</p> <p><i>“Artículo 154.- El derecho al uso exclusivo de una marca se adquirirá por el registro de la misma ante la respectiva oficina nacional competente”.</i></p> <p>Esta misma norma regula en sus artículos 185 a 189 lo referente a las marcas de certificación, así:</p> <p><i>“Artículo 185.- Se entenderá por marca de certificación un signo destinado a ser aplicado a productos o servicios cuya calidad u otras características han sido certificadas por el titular de la marca</i></p> <p><i>Artículo 186.- Podrá ser titular de una marca de certificación una empresa o institución, de derecho privado o público o un organismo estatal, regional o internacional”.</i></p> <p>Por su parte, uno de los requisitos para el registro de la marca de certificación es que se acompañe la solicitud de un <i>“reglamento de uso”</i> que contenga, principalmente, tres elementos esenciales: i) los productos o servicios a ser certificados por parte del titular; ii) definición de las características garantizadas por la presencia de la marca; iii) Descripción de la manera en que se ejercerá el control de las características antes y después de autorizarse el uso de la marca.</p> <p>Así entonces, es necesario que la entidad o institución de derecho público o privado que pretenda proteger la marca o sello respectivo como marca de certificación eleve la solicitud de registro ante la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO en su calidad de Oficina Nacional Competente asegurándose de cumplir con los requisitos exigidos en la Decisión 486 del 2000 para este tipo de signos distintivos.</p> <p>Finalmente, en relación con el parágrafo 2 del artículo comentado, que señala que se: <i>“(...) asesorará a los productores campesinos, étnicos, familiares y comunitarios en la promoción de marcas, sellos, rotulado y etiquetado”</i>, es pertinente aclarar que, si bien no se menciona expresamente a esta Superintendencia, debe tenerse en cuenta que la Entidad cuenta con competencias delimitadas en materia de propiedad industrial, lo que restringe su facultad de brindar asesoramiento técnico en aspectos relacionados con signos distintivos, incluidas las marcas.</p> <p>En efecto, desde esta Superintendencia ponemos a disposición de los productores campesinos, étnicos, familiares y comunitarios toda la oferta institucional de sensibilización y orientación gratuita encaminada a la protección de sus bienes de propiedad industrial. No obstante, debe precisarse que no es posible prestar servicios de asesoría individualizada, en tanto ello implicaría un conflicto directo de interés, toda vez que esta Entidad ostenta la competencia para evaluar el cumplimiento de los requisitos legales y, en consecuencia, decidir sobre la concesión o denegación del derecho solicitado.</p>

(ii) Observaciones conforme a las competencias de Reglamentos Técnicos y Metrología Legal

Teniendo en consideración las facultades de esta Superintendencia en materia de Reglamentos Técnicos y Metrología Legal, respetuosamente, presentamos las siguientes observaciones advirtiendo la inconveniencia de disponer por mandato legal la expedición de un reglamento técnico, sin considerar el proceso de producción normativo vigente para la expedición de este tipo de reglamentación.

En primer lugar, es importante tener en consideración que, las disposiciones técnicas sobre etiquetado, rotulado y reglamentación técnica pueden constituir obstáculos técnicos al comercio. Por lo cual, deben ajustarse a los principios del "Acuerdo OTC" de la ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, del cual Colombia es parte. Este instrumento exige que tales disposiciones estén debidamente justificadas desde el punto de vista técnico, sean no discriminatorias y cuenten con la correspondiente notificación internacional previa.

En ese sentido, conforme a las disposiciones establecidas en los Decretos 1595 de 2015 y 1468 de 2020, compilados en el Decreto 1074 de 2015, así como en el Documento CONPES 3816 de 2014, la decisión de expedir un reglamento técnico debe ser adoptada exclusivamente por el regulador correspondiente, previa realización de un "Análisis de Impacto Normativo – AIN".

La finalidad de un AIN es evaluar un problema y una eventual necesidad regulatoria de manera objetiva y técnica, identificar y valorar las posibles alternativas de solución a la problemática identificada y seleccionar la opción más eficiente, proporcional y menos restrictiva para los actores involucrados. En este sentido, la Ley no puede imponer la expedición de un reglamento técnico.

El establecer de manera anticipada en la Ley la expedición de un "reglamento técnico diferenciado y simplificado", implica el riesgo de desconocer las buenas prácticas regulatorias, previstas en el Decreto 1074 de 2015, las cuales exigen un análisis técnico, jurídico y económico previo de las medidas propuestas. La imposición legislativa de dicho reglamento, sin el correspondiente proceso de análisis previo, resulta contraria a los principios de evidencia, necesidad y proporcionalidad que orientan la producción normativa en el país, particularmente la expedición de reglamentos técnicos. Esta omisión compromete la coherencia del sistema regulatorio y puede generar distorsiones en su aplicación.

En todo caso, la Ley si podría ordenar la realización de un AIN, con base en el cual el regulador evalúe la necesidad de adoptar una medida regulatoria y, de ser el caso, determine cuál sería la opción más idónea, ya sea esta un reglamento técnico u otra medida de intervención. A juicio de esta Superintendencia, dicha aproximación resulta más

conveniente y coherente con las disposiciones de reglamentación técnica y mejora regulatoria vigentes.

Ahora bien, respecto a la redacción propuesta del proyecto, no se define con claridad cuál es el objetivo específico que se busca alcanzar mediante el reglamento técnico propuesto. Este podría orientarse a la protección del consumidor respecto al origen del producto, a la regulación de pesos, medidas, información nutricional o sanitaria, o bien a un etiquetado con fines promocionales o de trazabilidad.

Esta imprecisión puede llevar a una regulación desproporcionada o innecesaria si no se identifica claramente la problemática a resolver. En este sentido, la redacción del artículo debería limitarse a ordenar un AIN, no la expedición directa de un reglamento técnico.

Finalmente, es importante poner de presente que, en el marco jurídico vigente, existen disposiciones regulatorias que aplican al etiquetado de productos alimenticios y preempacados, tales como: (i) Resolución 5109 de 2005 del MINISTERIO DE SALUD la cual reglamenta el etiquetado de alimentos, vigilado por INSTITUTO NACIONAL DE VIGILANCIA DE MEDICAMENTOS Y ALIMENTOS; (ii) Resolución 32209 de 2020 de la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO que regula el etiquetado de productos preempacados; y, (iii) la Resolución 224 de 2007 del MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL que reglamenta los requisitos para empaques agrícolas.

En este sentido, la redacción propuesta no considera que ya existe regulación en la materia. Por tanto, imponer un reglamento técnico adicional sin analizar la vigencia, cobertura y eficacia de la regulación existente puede generar duplicidad normativa, inseguridad jurídica y mayores cargas regulatorias.

Así las cosas, se advierte que conforme al marco legal vigente y a las buenas prácticas regulatorias adoptadas previstar en el Decreto 1074 de 2015, no es procedente que una Ley disponga de manera directa la expedición de un reglamento técnico. Esta decisión debe surgir como resultado de un proceso técnico riguroso, liderado por el regulador correspondiente, que garantice la calidad, proporcionalidad y pertinencia de la intervención regulatoria.

En virtud de lo expuesto, respetuosamente se recomienda modificar la redacción del artículo 19 con el fin de asegurar su alineación con los principios de mejora regulatoria, evitando así la generación de obstáculos técnicos innecesarios al comercio. En este sentido, se propone que el proyecto disponga expresamente que el Gobierno Nacional deberá llevar a cabo un AIN orientado a identificar las barreras que enfrentan los productos de la economía campesina, étnica, familiar y comunitaria en materia de rotulado y etiquetado.

A partir de dicho análisis, el regulador podrá determinar la medida más eficiente y adecuada, ya sea un reglamento técnico o alguna otra alternativa no técnica. Únicamente con base en esta evaluación será posible establecer la conveniencia, el alcance y el diseño de un

eventual reglamento técnico, conforme a lo dispuesto en el marco normativo vigente aplicable para la expedición de este tipo de reglamentación.

Teniendo en consideración lo expuesto en líneas precedentes, esta Superintendencia respetuosamente sugiere los siguientes cambios en el artículo comentado:

Proyecto	Sugerencia de esta Superintendencia
<p>ARTICULO 19°. DEL ROTULADO Y ETIQUETADO. El gobierno nacional propondrá un reglamento técnico diferenciado y simplificado de requisitos en materia de rotulado y etiquetado para los productos que se comercializan en los mercados campesinos, étnicos, familiares y comunitarios. Este reglamento técnico también aplicará para los acuerdos comerciales que realicen las asociaciones de mercados campesinos, étnicos, familiares y comunitarios con otros actores comerciales.</p> <p>PARÁGRAFO 1°. El gobierno nacional en articulación con las entidades territoriales deben reglamentar y promover las marcas, sellos y sistemas participativos de garantías y de confianza que certifiquen los productos propios de la economía campesina, étnica, familiar y comunitaria.</p> <p>(...)</p>	<p>ARTICULO 19°. DEL ROTULADO Y ETIQUETADO. El gobierno nacional propondrá un reglamento técnico realizará un Análisis de Impacto Normativo (AIN), con base en el cual se evaluará la pertinencia de establecer requisitos diferenciados y simplificados de requisitos en materia de rotulado y etiquetado aplicables a para los productos que se comercializan en los mercados campesinos, étnicos, familiares y comunitarios. En todo caso, Este reglamento técnico dicha medida también aplicará para los acuerdos comerciales que realicen las asociaciones de mercados campesinos, étnicos, familiares y comunitarios con otros actores comerciales.</p> <p>PARÁGRAFO 1°. El gobierno nacional en articulación con las entidades territoriales deben reglamentar y promover y proteger las marcas, sellos y sistemas participativos de garantías y de confianza que certifiquen los productos propios de la economía campesina, étnica, familiar y comunitaria.</p> <p>Para ello, solicitará su registro ante la Superintendencia de Industria y Comercio, de conformidad con lo dispuesto en la Decisión 486 de 2000.</p> <p>(...)</p> <p>(El texto tachado y subrayado corresponde a la modificación propuesta por esta Entidad).</p>

De esta forma esperamos haber contribuido al enriquecimiento de tan importante iniciativa, quedando a disposición para resolver cualquier inquietud que se presente sobre el particular.

Cordialmente,



DIEGO ANDRÉS SOLANO OSORIO
SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO (E)

CONCEPTO JURÍDICO DE LA CÁMARA COLOMBIANA DE INFORMÁTICA Y TELECOMUNICACIONES AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 223 DE 2024 SENADO

por medio de la cual se establecen disposiciones para prevenir los efectos de la obsolescencia programada de dispositivos electrónicos de consumo masivo en Colombia.

<div data-bbox="164 535 797 595" style="text-align: center;">  <p>Cámara Colombiana de Informática y Telecomunicaciones NIT. 800.211.586-1</p> </div> <p>Bogotá D.C., 22 de agosto de 2025</p> <p>Honorable Senadora SOLEDAD TAMAYO TAMAYO Senado de la República CONGRESO DE LA REPUBLICA La Ciudad</p> <p>Asunto: Comentarios respecto al Proyecto de Ley 223 de 2024 Senado "Por medio de la cual se establecen disposiciones para prevenir los efectos de la obsolescencia programada de dispositivos electrónicos de consumo masivo en Colombia"</p> <hr/> <p>Honorable Senadora Tamayo,</p> <p>Comienzo por extenderle nuestros más cordiales saludos de parte de la Cámara Colombiana de Informática y Telecomunicaciones – CCIT, organización gremial que agrupa a las más importantes empresas del sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones de Colombia. En ese sentido, hemos venido trabajando en el país por más de 31 años contribuyendo activamente desde el Sector TIC a la eliminación de barreras para la evolución tecnológica, promoviendo el cierre de la brecha digital, la democratización y la masificación de las TIC, así como el acceso de todos los ciudadanos a la sociedad y economía del conocimiento.</p> <p>En esta ocasión nos dirigimos a Usted, con el fin de respetuosamente presentamos nuestros comentarios al Proyecto de Ley 223 de 2024 Senado "Por medio de la cual se establecen disposiciones para prevenir los efectos de la obsolescencia programada de dispositivos electrónicos de consumo masivo en Colombia". En ese sentido, presentamos las siguientes observaciones y sin perjuicio de estas, respetuosamente solicitamos el archivo del Proyecto de Ley.</p> <p>1. Comentarios generales</p> <p>Sugerimos analizar la pertinencia del Proyecto de Ley toda vez que el mismo tiene por objeto principal garantizar el acceso de los consumidores a información relacionada con la vida útil estimada de los productos electrónicos que adquieren y las características de estos. Si bien estamos de acuerdo en que se deben buscar formas de proteger al consumidor de manera constante, consideramos que el Proyecto de Ley podría contradecir normas vigentes y su aplicabilidad podría ser limitada en el contexto colombiano.</p> <p>Adicionalmente, debe resaltarse que no existe en ninguna jurisdicción un consenso técnico ni metodológico respecto a la definición de conceptos como vida útil u obsolescencia programada, ni mecanismos estandarizados, verificables y objetivos para su determinación. Esta ambigüedad conceptual genera un entorno de incertidumbre jurídica, que podría dar lugar a interpretaciones</p>	<p>erróneas, afectando la seguridad jurídica de fabricantes y comercializadores, quienes podrían verse expuestos a sanciones inciertas y desproporcionadas.</p> <p>Las tendencias regulatorias globales están enfocadas al "eco-diseño" de productos, de tal suerte que lo que se busca es regular que los Aparatos Eléctricos y Electrónicos (AEE) sean durables y confiables, por lo que solo en caso de fallas, estos cuenten con los medios necesarios para ser reparados con un debido acceso a partes y repuestos así como soporte técnico, así como actualizaciones de software correspondientes, para con ello prolongar su uso en el tiempo, y no así a tazar o establecer un periodo específico de duración de un aparato como se pretende realizar a través del presente proyecto porque ello no es posible, tal como lo explicamos a través del presente documento. Tal es el caso de la primera norma de Ecodiseño que ha entrado en vigor en Julio del 2025 en la Unión Europea ErP Lot X- (UE) 2023/1669¹) para smartphones y tablets, y se encuentra ahora trabajando en lo que se conoce como regulación de Ecodiseño de computadoras y displays (ErP Lot 3).</p> <p>La Unión Europea, se determinó la necesidad de enfocarse primeramente en un bloque específico de aparatos eléctricos y electrónicos (AEE) entendiendo que estos son de mayor uso y que entre ellos se encuentran similitudes que permiten regularlos de manera conjunta. Es así como la regulación europea fue cautelosa en solo abordar en primera etapa a los celulares (smartphones) y tablets, de tal suerte que se crea una normativa específica que se enfocara en aspectos no solamente de reparabilidad, sino encaminados a la durabilidad y longevidad de los AEE, entre otros aspectos holísticos del Ecodiseño.</p> <p>En ese sentido, se debería aprovechar la experiencia y conocimiento que ya se ha adquirido con la elaboración de una normativa que aplicará no solo a un país sino a una región amplia como lo es la Unión Europea. En esta jurisdicción ya se ha invertido conocimiento, experiencia y metodología que es consistente con el diseño de los aparatos electrónicos y la forma en que estos son más comúnmente reparados bajo estadísticas reales de piezas y repuestos que son más frecuentemente reemplazados en esta categoría de aparatos (por ejemplo, pantallas, baterías, etc.), y no así respecto a todas las piezas y componentes que forman parte de estos, porque eso es algo que no sucede en la práctica y por esa razón es que en la Unión Europea se evaluó dicha situación y enfocaron el esfuerzo de forma más objetiva y puntual atendiendo el diseño del producto para que este sea durable y largo.</p> <p>Asimismo, el Proyecto de Ley impone cargas operativas de difícil implementación en un contexto globalizado, en el cual los dispositivos electrónicos son diseñados, fabricados y distribuidos a nivel internacional, de tal suerte que su implementación causaría efectos negativos en la</p> <p>¹ REGLAMENTO DELEGADO (UE) 2023/1669 DE LA COMISIÓN del 16 de junio de 2023 por el que se completa el Reglamento (UE) 2017/1369 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo al etiquetado energético de los teléfonos inteligentes y las tabletas pizarra.</p>
<p>percepción de los consumidores sobre la calidad y durabilidad de los aparatos que son ofrecidos por las mismas marcas en el mercado Colombiano vs. otros países.</p> <p>Adicionalmente, advertimos una posible vulneración del principio de unidad de materia, al incorporar disposiciones de carácter sancionatorio que podrían dar lugar a una doble penalización por los mismos hechos, en contravía de los principios fundamentales del derecho sancionador.</p> <p>Así las cosas, respetuosamente solicitamos el archivo del Proyecto de Ley, toda vez que no hay un consenso internacional sobre los conceptos de obsolescencia y cálculo de la vida útil, que permita generar una norma local armonizada con las necesidades del mercado global de AEE. Lo anterior, podría llevar a distorsiones en el mercado, sino se realizan los análisis técnicos y la adopción de estándares necesarios en el país.</p> <p>Subsidiariamente al archivo del Proyecto de Ley, sugerimos: (i) reformar el título del Proyecto de Ley de la siguiente manera: "Por medio de la cual se establecen disposiciones para incentivar la promoción de la vida útil media de los dispositivos electrónicos de consumo masivo en Colombia", y (ii) eliminar el concepto de obsolescencia programada de todo el Proyecto de Ley, y (iii), eliminar la referencia a dispositivos electrónicos de consumo masivo por las razones que indicamos más abajo sobre las diferencias que hay en el tipo de AEE tomando por ejemplo, como se regulan de forma diferenciada y específica en regiones como la UE, tal como mencionamos en el caso de la reciente entrada en vigor de ErP Lot X, el cual solo regula smartphones y tablets, y no así el universo más amplio de los AEE's.</p> <p>Por otra parte, consideramos que suministrar una etiqueta en el empaque difícilmente representa un beneficio al consumidor, considerando que la decisión de compra del consumidor probablemente no esté relacionada con la presencia de una etiqueta en el empaque, máxime teniendo en cuenta que en su mayoría los aparatos electrónicos no se comercializan al consumidor final en su empaque, sino que son expuestos por almacenes, comercios y superficies en mostradores en donde se les coloca sin su empaquetadura. Agregar una etiqueta impacta en el diseño del etiquetado de productos que son diseñados y distribuidos a nivel mundial. Estas modificaciones conllevan un aumento de los costos que inevitablemente es absorbido por el consumidor, posibles barreras comerciales y además genera un impacto ambiental mayor por el uso de recursos. Se sugiere la utilización de medios digitales, que además son fácilmente actualizables.</p> <p>2. Comentarios particulares</p> <p>2.1. Comentarios respecto al título y el artículo 1 "Objeto"</p> <p>Respetuosamente sugerimos que el nombre del Proyecto de Ley considere cuestiones vinculadas a la durabilidad y longevidad de los AEE para prolongar su uso el mayor tiempo posible,</p>	<p>considerando que el foco del proyecto es el derecho de información, incentivando compras informadas de productos electrónicos con mayor durabilidad.</p> <p>Al respecto, llamamos la atención que no existe un consenso internacional sobre una metodología definitiva o razonable para determinar o calcular obsolescencia programada, y por ese motivo se sugiere la eliminación de dicho concepto. Precisamente, incluir conceptos sobre los cuales no haya estándares internacionales o metodologías apropiadas para poder verificar o medir dichos efectos de forma adecuada, objetiva y técnicamente podría traducirse en obstáculos al comercio, que limiten y encarezcan el acceso de los colombianos a tecnologías. En últimas, esto se traduciría en una ralentización del proceso de transformación digital de todo el país.</p> <p>Igualmente, insistimos en que el Proyecto de Ley no está teniendo en cuenta las realidades técnicas y económicas del ecosistema tecnológico global y de las dinámicas de producción de este tipo de dispositivos, sus diferencias e intensidad de uso por parte de los consumidores (no es lo mismo un teléfono celular, que una computadora o una impresora), de acuerdo con modelos de economía de escala y las necesidades y posibilidades de los consumidores. Por tanto, consideramos que esta desincentivaría la innovación y la llegada de actores nuevos de la industria TIC, pues se impone una barrera al ingreso de dispositivos tecnológicos. A su vez, esto tendrá efectos negativos en el proceso de cierre de la brecha digital, particularmente en los consumidores de sectores de más escasos recursos. Con esto en mente, sugerimos la siguiente redacción:</p> <p>"POR MEDIO DE LA CUAL SE ESTABLECEN DISPOSICIONES PARA INFORMAR A LOS CONSUMIDORES SOBRE LA DURABILIDAD INCENTIVAR LA PROMOCIÓN DE LA VIDA ÚTIL DE ALGUNOS DISPOSITIVOS ELECTRONICOS DE CONSUMO MASIVO EN COLOMBIA</p> <p>ARTÍCULO 1°. OBJETO. Por medio de la presente ley se establecen disposiciones para incentivar la durabilidad promoción de la extensión de vida útil que protegen a los consumidores y al erario frente a los efectos de la obsolescencia programada de algunos dispositivos electrónicos de consumo masivo.</p> <p>Parágrafo 1°. La Superintendencia de Industria y Comercio tendrá un plazo de hasta doce (12) meses contados a partir de la entrada en vigor de esta ley, para expedir la reglamentación sobre aquellos dispositivos electrónicos de consumo masivo cubiertos por la presente Ley."</p> <p>2.2. Comentarios respecto al artículo 2 "Definiciones"</p> <p>Respecto a la definición de obsolescencia programada, insistimos en el hecho de que a la fecha no existe un consenso sobre una metodología definitiva o razonable para determinar la obsolescencia programada de AEE. Asimismo, el uso indebido de este término creará un efecto</p>

<p>negativo en la percepción que los consumidores tienen hacia los productos, afectando significativamente la reputación de las marcas, así como la percepción de la calidad de los dispositivos, anteponiéndolos (sin justificación técnica ni metodología adecuada y reconocida) una fecha de caducidad anticipada o predispuesta.</p> <p>Esta disposición, al carecer de una base metodológica adecuada, puede interferir con la libertad empresarial en el diseño de productos y servicios. Particularmente, afecta a modelos de negocio que operan mediante ecosistemas cerrados o integrados, donde no se busca ni es técnicamente viable garantizar interoperabilidad con sistemas operativos de terceros. Este tipo de exigencias pueden comprometer la seguridad del usuario, la estabilidad del dispositivo y la autonomía técnica de los desarrolladores.</p> <p>La disposición podría, además, entrar en conflicto con derechos constitucionales como el derecho a la libre empresa (artículo 333 de la Constitución Política) y los derechos de propiedad intelectual (artículo 61), al imponer restricciones que podrían considerarse desproporcionadas frente al desarrollo legítimo de modelos de negocio y estrategias comerciales, afectando la innovación y la competitividad del sector tecnológico.</p> <p>Esto se agrava, si tenemos en cuenta que la vida de los AEE en realidad depende de muchos factores atribuidos a los usuarios al ser usados de formas distintas y con diferente intensidad por varias personas, generando un desgaste mayor e incluso más acelerado en unos casos. Por lo tanto, la definición de este concepto debe ser abordada con otro enfoque, de tal suerte que se evite confundir innovaciones tecnológicas que hacen la vida de los consumidores mucho más eficiente y necesaria para satisfacer las necesidades que demanda el mundo actual, con una conducta deliberada que busca realmente perjudicar el pleno funcionamiento de los AEE. Con esto en mente, respetuosamente sugerimos eliminar los numerales 2.1 y 2.2 del artículo en comento.</p> <p>Asimismo, recomendamos que únicamente sean objeto de la presente Ley, aquellos dispositivos de consumo masivos que requieran ser cubiertos por normas específicas según el tipo de AEE, es decir, si se trata de un celular, de una computadora o display, tabletas, etc., (es el caso de la Unión Europea con las normas Lot X, Lot 3, Lot 5, etc.). Lo anterior, ya que no todos los AEE han sido regulados por normas de ecodiseño como en el caso de la Unión Europea, y que, para tal efecto, aún faltan muchas herramientas y referencias internacionales que permitan regular este tipo de conceptos a una mayor o amplia gama de aparatos electrónicos globalmente.</p> <p>Así las cosas, sugerimos respetuosamente la eliminación de la siguiente definición del artículo 2.2. (Obsolescencia programada informática), puesto que se trata de un concepto subjetivo que carece de sustento técnico o metodología reconocida que pueda demostrar o medir lo que se propone.</p>	<p>Instamos a tomar en cuenta que contrario a lo que se busca regular con este concepto, desde hace varios años, los productores ya se encuentran brindando soporte técnico suficiente de actualización de software por periodos largos que hoy en día permiten prolongar el uso de los AEE por mayor tiempo, buscando además, proteger a los usuarios ante vulnerabilidades o brechas de inseguridad tal como se estableció por ejemplo, en la norma de Eco-Diseño Europea ErP Lot X; es decir, el enfoque que hoy en día tiene la UE es que los productores brinden actualizaciones de software adecuadas que permitan que los AEE's sigan en uso por periodos mayores de tiempo, así como brindar la solución necesaria ante vulnerabilidades o riesgos de seguridad a los que constantemente están expuestos.</p> <p>En lo que respecta al numeral 2.3. "Productor o comercializador", consideramos que el Proyecto de Ley no debería redefinir los conceptos de productor y proveedor establecidos por la Ley 1480 de 2011, pues en esta se establecen claras diferencias entre las obligaciones a cargo de cada uno de los eslabones de la cadena de producción y comercialización de productos. En cambio, la definición propuesta por el Proyecto de Ley mezcla los conceptos de productor y proveedor en una sola definición, lo que desconoce las responsabilidades que son propias a cada eslabón de la cadena de comercialización de productos.</p> <p>Consideramos las obligaciones que se pretende crear con el Proyecto de Ley deberían estar a cargo única y exclusivamente del "productor" según dicho término se define en el Estatuto del Consumidor, pues sólo él es el encargado de fabricar, diseñar o importar el producto en cuestión y quién podría estar llamado a conocer de mejor manera el periodo de vida útil media de un bien, así como quién tendría una mayor facilidad para etiquetar su empaque. Por todo lo anterior, sugerimos eliminar el numeral 2.3. y en cambio incluir en el artículo primero del Proyecto de Ley que las obligaciones contenidas en el mismo estarán a cargo de los productores según dicho término se define en la Ley 1480 de 2011.</p> <p>En cuanto al numeral 2.5, "Vida útil de los dispositivos electrónicos", cabe mencionar que no existe un consenso sobre una metodología definitiva o razonable para determinar la vida útil de los AEE a nivel internacional. Más preocupante, resulta que los productos que continúan funcionales tendrían una "fecha de vencimiento", anticipada al tasar el uso sobre un periodo de tiempo que resulta subjetivo sin saber o conocer las condiciones de un AEE (por ejemplo, si este ha sido usado de forma adecuado siguiendo las instrucciones del fabricante), lo cual podría generar un aumento de los residuos electrónicos como un efecto contrario a lo que realmente se busca regular en este Proyecto de Ley, yendo esto en contra de la lucha contra los efectos de la supuesta obsolescencia programada.</p> <p>La duración de un AEE depende de múltiples factores atribuibles al usuario del AEE y la forma en que este opera el aparato, le da mantenimiento, y lo expone a ambientes inadecuados o no sigue las indicaciones establecidas por el productor en el manual de usuario. Es decir, un mismo aparato puede durar diferente tiempo debido a factores ajenos al fabricante o productor, ya que mucho de ello recae en la forma en que el consumidor o usuario cuida, opera, expone y mantiene</p>
<p>el producto. Por ello, hoy en día no existe una forma adecuada o metodología precisa que pueda medir el tiempo de vida útil de un AEE, debido a estas distintas circunstancias.</p> <p>Tazarlo a un cierto periodo de tiempo solo por poner o colocar incluso en una etiqueta un número determinado de años lo único que provocaría es que se tenga una incorrecta e imprecisa apreciación sobre la calidad y duración de los AEE, mandando un mensaje equivocado, e incluso confuso, hacia el consumidor final sobre una fecha de caducidad anticipada lo cual es contrario a lo que busca hoy en día la industria de las TIC. Hacerlo de esa manera solamente lograría un efecto contrario a lo que persigue el presente Proyecto de Ley, e incluso aceleraría de forma considerable el desplazamiento y reemplazo de los AEE generando repercusiones en perjuicio del medio ambiente, así como de la economía de los consumidores por considerar que sus aparatos llegaron a una caducidad, aun y cuando son perfectamente operativos y funcionales.</p> <p>La definición propuesta no establece parámetros objetivos ni verificables para determinar qué debe entenderse por "correcto y eficiente funcionamiento". Estos términos resultan vagos y pueden interpretarse de manera distinta según el perfil del consumidor o el entorno tecnológico. La ausencia de estándares técnicos claros puede generar disputas sobre el cumplimiento de la vida útil prometida, afectando la previsibilidad y seguridad jurídica para los fabricantes.</p> <p>Asimismo, el indicar que un dispositivo funcionará "mediando un uso normal, responsable y adecuado" resulta ambiguo. No es claro qué debe entenderse por ese tipo de uso, lo que puede generar confusión constante. No se establecen parámetros objetivos ni comparables que permitan evaluar dichas condiciones.</p> <p>Así las cosas, no es posible estandarizar un concepto como la vida útil sin atender las diferencias entre tipos de AEE, la diversidad de perfiles de uso de los consumidores, y las múltiples circunstancias que pueden reducir —o incluso extender— la duración de un equipo: golpes, daños, mala operación, ausencia de mantenimiento o condiciones de carga inadecuadas, entre otros.</p> <p>Además, esta falta de precisión puede generar incentivos negativos: por un lado, los fabricantes podrían verse obligados a sobredimensionar la funcionalidad de sus productos para cubrirse frente a reclamos inciertos, lo que incrementaría los costos de producción y afectaría la oferta. Por otro, los consumidores podrían desarrollar expectativas poco realistas sobre el rendimiento de los productos, aumentando la conflictividad comercial.</p> <p>En caso de que eventualmente sea necesario definir un tiempo estimado para abordar las necesidades de servicio técnico a los usuarios para que estos prolonguen en el tiempo el uso de los AEE, es fundamental tener presente que la durabilidad es una aproximación, ya que la vida útil de un aparato depende de innumerables variables, no controlables por el productor, como son el uso (que puede ser continuo o recreativo), mantenimiento, exposición a ambientes y sustancias, y hasta condiciones climáticas que pueden afectar la vida útil de un equipo. Así las cosas, sugerimos que los fabricantes o productores indiquen a manera de referencia que la</p>	<p>duración del producto es equivalente al periodo durante el cual están disponibles las piezas de repuesto y el soporte técnico correspondiente.</p> <p>"2.5. Vida útil de los dispositivos electrónicos: Se refiere al tiempo <u>estimado</u> durante el cual <u>se contará con la disponibilidad de piezas de repuestos, partes, insumos y mano de obra capacitada para la refacción del AEE y el soporte técnico, contado a partir de la fecha más reciente de distribución del producto Colombia.</u>"</p> <p>2.3. Comentarios respecto al artículo 3 "Información obligatoria como mecanismo de protección frente a la obsolescencia programa"</p> <p>Sobre el artículo 3 referente a la información sobre la vida útil, consideramos que lo plasmado en el artículo desconoce las diferencias que puede haber con respecto a la vida útil de un mismo dispositivo electrónico dependiendo del usuario y también el tipo de producto (por ejemplo, en la Unión Europea, este tipo de requisitos sobre disponibilidad de piezas, reparación, actualizaciones de software etc., que se traducen en medidas necesarias para incentivar la prolongación del uso y vida de los AEE atiende a las características muy particulares pero también diferencias entre los diversos tipos de AEE, de tal suerte que los requisitos en comento se incluyen en normas específicas según el tipo de AEE, es decir, si se trata de un celular, de una computadora o display, tabletas, etc., tal como es el caso de EU Lot X, Lot 3, Lot 5, etc.), y al cuidado y mantenimiento que este le dé al dispositivo.</p> <p>De aprobarse en su estado actual, este artículo podría generar problemas para cualquier distribuidor o productor de dispositivos electrónicos pues los mismos podrían sufrir reclamos indiscriminados con respecto a la vida útil de sus productos cuando en realidad el usuario tiene una influencia enorme sobre la misma. Asimismo, preocupan los desincentivos que esto podría generar en la industria electrónica y el impacto que pueda tener en la oferta para los consumidores.</p> <p>Respetuosamente sugerimos que se consideren cuestiones vinculadas a la promoción de la extensión de vida útil de equipos, bajo la propuesta de definición que incluimos más arriba, considerando que el foco del proyecto es el derecho de información, incentivando compras informadas de productos electrónicos con mayor vida útil, además de que dicha información bajo la propuesta que sugerimos pueda ser proporcionada a los consumidores a través de medios electrónicos (por ejemplo, páginas web), lo cual haría mucho más eficiente la consulta y acceso a la información por parte de los consumidores en cualquier momento y desde cualquier lugar, y a su vez, resultaría más eficaz la actualización de momento en momento por parte de los productores.</p> <p>En ese sentido, resaltamos nuevamente que no debe perderse de vista que no existe un consenso sobre una metodología definitiva o razonable para determinar o calcular obsolescencia</p>

programada, y por ese motivo se sugiere la eliminación de dicho concepto, como ya mencionamos.

De igual manera, insistimos que en caso de que eventualmente sea necesario estimar un tiempo de vida útil, bajo los lineamientos propuestos, es fundamental tener presente que la durabilidad es una aproximación, ya que la vida útil de un aparato depende de innumerables variables, subjetivas y ajenas al productor, como se expuso arriba el uso (que puede ser continuo o recreativo), mantenimiento y hasta condiciones climáticas o ambientales inadecuadas pueden afectar la vida útil de un equipo.

Por esta razón, sugerimos tomar en cuenta la definición propuesta, la cual se alinea a lo que actualmente se requiere en el caso de smartphones y tablets con la norma de eco-diseño de la UE, en donde, tal como mencionamos, el enfoque no es tazar el tiempo en que permanece en uso un aparato, sino más bien, enfocarse en la durabilidad, longevidad y confiabilidad de este tipo de productos, a través de un diseño que hace que los AEE duren y operen de forma adecuada a través de los años, bajo el entendido de que esto serán reparados excepcionalmente cuando estos fallen o lo requieran por alguna descompostura, siendo que los productores deben brindar soporte técnico en reparación, piezas y repuestos, así como en actualizaciones de software según se indica en la norma en comento.

Por otro lado, el parágrafo 2 del mismo artículo remite a una reglamentación futura aspectos sustanciales que, por su relevancia, deberían ser definidos directamente por el legislador. Delegar en la reglamentación la definición de criterios para establecer la vida útil o distinguir entre obsolescencia programada y evolución tecnológica puede generar discrecionalidad normativa y afectar la seguridad jurídica del régimen.

Asimismo, la expresión "garantizar que no se trasgreden compromisos de propiedad intelectual" resulta innecesaria, dado que el respeto a los derechos de propiedad intelectual ya constituye un mandato constitucional y legal plenamente vigente. Además, al no precisarse si se hace referencia a patentes, secretos industriales u otros derechos, la redacción puede generar ambigüedades interpretativas e incluso inhibir legítimas decisiones empresariales por temor a eventuales conflictos regulatorios. Con esto en mente proponemos la siguiente redacción:

"ARTÍCULO 3°. INFORMACIÓN OBLIGATORIA COMO MECANISMO DE INFORMACIÓN SOBRE LA DURABILIDAD PROTECCIÓN FRENTE A LA OBSOLESCENCIA PROGRAMADA. Todo productor o comercializador según corresponda, proporcionará información al tiempo estimado durante el cual estarán disponibles las piezas, repuestos, partes e insumos y mano de obra capacitada para la reparación del AEE, y el soporte técnico que este proveerá para tales efectos. Esta información será proporcionada en el punto de venta, en la documentación que se coloca en el empaque del AEE o través de medios electrónicos."

Parágrafo 3°. Para efectos de lo previsto en el presente artículo, se entenderá que el productor ha cumplido con su obligación de informar si la anterior información se encuentra en idioma castellano en la página web del productor"

2.5. Comentarios respecto al artículo 5 "Mecanismos de protección frente a la obsolescencia programada informática"

Consideramos respetuosamente que lo plasmado en el artículo desconoce que las actualizaciones al sistema operativo o soporte lógico de los dispositivos electrónicos se realizan teniendo en cuenta diversos criterios. Dichas actualizaciones, necesarias para mantener el uso eficiente de los equipos, pueden generar diferentes efectos en el funcionamiento del sistema, como parte de su curso normal y dependiendo de las particulares características de los dispositivos involucrados. Dichos efectos se balancean teniendo en cuenta múltiples factores, por lo cual, calificar estos efectos como negativos sin contar con un fundamento técnico para ello, se convierte en una calificación subjetiva que en el marco del Proyecto de Ley genera inseguridad jurídica y va en contra de los usuarios.

Es pertinente recordar que las actualizaciones de software comportan beneficios fundamentales para los consumidores, entre los que se cuenta (i) mejor seguridad de la información al implementar parches en los sistemas operativos y las aplicaciones que operan con dicho sistema, esta es la razón más importante dentro de las existentes pues combate las vulnerabilidades de software a fin de alcanzar los mejores estándares posibles de ciberseguridad; (ii) mejores eficiencias para el sistema operativo, que permite la compatibilidad entre programas con protocolos diferentes, entre otros; y, (iii) añadir nuevas y, en algunos casos, mejores características al funcionamiento del sistema operativo. Por ejemplo, sin medidas como las de actualización de software no se podrían contrarrestar situaciones como las ocasionadas por malware que ha tenido elevados costos para los usuarios.

Dado lo anterior creemos que esta reversión debe ser definida por el mercado y no ex ante por el legislador, aunado al hecho de que en países o regiones como la EU ya han superado estas discusiones y propuestas atendiendo precisamente a los riesgos de seguridad y vulnerabilidades que representaría permitir realizar la reversión de alguna actualización. Sobre todo, porque justamente las actualizaciones buscan ir un paso adelante para cerrar brechas de seguridad y no todo lo contrario. Las actualizaciones se enfocan a prolongar el uso de los AEE al brindar opciones a los usuarios de tener acceso a innovaciones en los sistemas de tal suerte que puedan continuar utilizando los equipos por mayores periodos.

Asimismo, imponer las sanciones de las que habla el artículo 6 es inadecuado porque desincentiva las medidas de seguridad que toman los productores y comercializadores para que sus usuarios o consumidores reciban las mayores eficiencias posibles, y los desincentiva para elevar los estándares de seguridad necesarios para contrarrestar los posibles peligros en materia de ciberseguridad.

2.4. Comentarios respecto al artículo 4 "Información en el empaquetado de los productos"

Consideramos que suministrar una etiqueta en el empaque no agrega ningún beneficio al consumidor, considerando que la decisión de compra del consumidor difícilmente está relacionada con la presencia de una etiqueta en el empaque. Lo anterior, teniendo en cuenta que los AEE no suelen ser comercializados al público en su empaque, sino que son puestos sobre exhibidores sin empaquetaduras para que el consumidor pueda tener contacto directo con los mismos, forjando una decisión de compra con base en la forma en que interactúan con estos dispositivos y no por la información que se brinda en los respectivos empaques. Además, en muchos casos, el comprador solo accede al empaque una vez finalizada la transacción, por lo que exigir que la información esté allí no garantiza su consulta previa, ni cumple con el objetivo de informar oportunamente.

La obligación de incluir esta información directamente en el empaquetado físico genera una carga operativa y económica significativa para las empresas, especialmente aquellas que importan o distribuyen productos en múltiples jurisdicciones. Modificar el diseño del empaque para cumplir con normativas locales puede afectar procesos logísticos y comerciales, generando retrasos y costos adicionales que inevitablemente terminan siendo asumidos por el consumidor. Este tipo de exigencias, además, impacta negativamente la competitividad del país como destino de comercialización.

Asimismo, agregar una etiqueta de uso local impacta en el diseño y fabricación de productos que son distribuidos a nivel mundial. Estas modificaciones conllevan un aumento de los costos que inevitablemente es absorbido por el consumidor, y además genera un impacto ambiental mayor por el uso de recursos.

Asimismo, es fundamental tener presente que la mayoría de los productos electrónicos en Colombia son importados, por lo que cualquier cambio en el diseño además de aumentar los costos, puede generar barreras comerciales, disminuyendo la importación a Colombia y aumentando así la brecha digital. Por lo tanto, sugerimos que cualquier información pueda ser entregada a través de medios digitales, fácilmente actualizables.

Así las cosas, respetuosamente proponemos la siguiente redacción:

"ARTICULO 4°. INFORMACIÓN EN EL EMPAQUETADO DE LOS PRODUCTOS. La información establecida en el artículo 3° de la presente ley deberá ser puesta a disposición de los consumidores anunciada va sea en punto de venta físico, en páginas webs de los productores o en la documentación técnica entregada con el producto o comercializadores, una parte visible del empaquetado del dispositivo electrónico. Los dispositivos electrónicos que no cuenten con en cuyo empaquetado no se encuentre esta información no podrán ser comercializados al público. (...)"

Estamos de acuerdo con el objetivo que persigue el Proyecto de Ley de evitar un reemplazo temprano de un producto debido a una reducción percibida en el rendimiento después de una actualización. Sin embargo, es importante destacar que las actualizaciones del sistema operativo mejoran la experiencia del usuario y extienden la vida útil de un dispositivo, al mantener un entorno seguro, estable y sin problemas. Su objetivo es permitir la compatibilidad con nuevos dispositivos y aplicaciones, abordar problemas funcionales no deseados y proteger a la sociedad contra las amenazas mediante la mitigación de las vulnerabilidades de seguridad.

Respecto a la propuesta de obtener el consentimiento del usuario en caso de que la actualización de software afecte el rendimiento del AEE, proponemos que exista una coincidencia con lo que el Proyecto de Ley regula en relación con requerimientos de software, de tal suerte que los usuarios tengan certeza que los mismos productos que se ponen en el mercado en distintos países, les ofrecen las mismas condiciones y beneficios. Igualmente, esto permitirá armonizar regulaciones a nivel global y los esfuerzos que se encuentran realizando la industria de las TIC en cumplir con los nuevos requerimientos que estas imponen.

En este sentido, es importante señalar que el artículo plantea como único mecanismo de obtención del consentimiento del usuario la figura del "doble clic de confirmación", lo cual resulta técnicamente inadecuado e innecesariamente restrictivo. Existen diversos métodos válidos para obtener y registrar el consentimiento del usuario, cuya aplicabilidad dependerá del tipo de dispositivo y sistema operativo.

Tampoco se establece una distinción clara entre las actualizaciones funcionales y actualizaciones de seguridad. Estas últimas son críticas en el entorno actual, caracterizado por un aumento sostenido en los riesgos cibernéticos. Someter este tipo de actualizaciones a consentimiento previo del usuario puede comprometer seriamente la seguridad de la información personal y del dispositivo. Por ello, consideramos que el consentimiento previo únicamente debería exigirse cuando la actualización tenga un impacto negativo identificable en el rendimiento del equipo, sin imponer un mecanismo único para ello.

Considerando ello, apuntamos a lo que el texto final de Lot X [Brussels, 16.6.2023 C (2023) 3538 final] (aplicable a teléfonos inteligentes y tabletas) Anexo II B (Requisitos de diseño ecológico para teléfonos inteligentes) Artículo 1.2 (Diseño para la confiabilidad), dispone respecto a la propuesta de incluir obligaciones en relación con los "impactos en el rendimiento", que en su caso tendrían las actualizaciones de software.

A continuación, compartimos algunos puntos importantes que han sido considerados por los reguladores en la Comisión Europea tanto para la elaboración de Lot X e incluso para la actual redacción de Lot 3 (computadoras y computadoras portátiles) al respecto de las implicaciones negativas que tienen degradaciones de software (downgrade), un requisito que se ha eliminado de la legislación de la UE precisamente por los riesgos que ello conlleva.

<p>En ese sentido, no se recomienda exigir a los fabricantes que se aseguren de que el usuario tenga la opción de restaurar el sistema operativo a versiones anteriores, ya que puede reintroducir graves vulnerabilidades de seguridad (para el propio dispositivo y el ecosistema en su conjunto), situación que da como resultado una pérdida completa de datos y conduce a una posible incompatibilidad de software.</p> <p>- Los sistemas operativos sin parches son atacados por actores malintencionados: Cuando se publican actualizaciones de software, la práctica estándar de la industria es documentar los problemas de seguridad que aborda la versión nueva. Además, los atacantes pueden comparar los cambios entre las versiones antiguas y nuevas para determinar rápidamente qué partes del código cambiaron y, por lo tanto, aprender qué correcciones de seguridad se realizaron. Como resultado, los actores maliciosos tienen muy buena información sobre cómo atacar versiones anteriores explotando vulnerabilidades de "n-day" (una vulnerabilidad explotada que tiene un parche disponible).</p> <p>Es bastante común que las campañas de <i>ransomware</i> / <i>malware</i> grandes y dañinas exploten las vulnerabilidades de n-day dirigiéndose a las víctimas en dispositivos que ejecutan versiones sin parches del sistema operativo. Por lo tanto, requerir la capacidad de degradar afectaría negativamente la seguridad del usuario de varias maneras. Primero, aumentaría la población de usuarios que podrían ser blanco de <i>malware</i> o ataques que han sido parchados y resueltos en las últimas versiones.</p> <p>En segundo lugar, y lo que resulta aún más preocupante, es que esta situación abriría la posibilidad de ataques dirigidos mediante los cuales el atacante engañaría o coaccionaría a su víctima para que bajara de categoría (tal vez con un atractivo como acceder a algún contenido deseable solo disponible en la versión anterior) para manipular a la víctima en un estado en el que sea mucho más fácil comprometerse. Abrir la opción de degradar el sistema afectaría la seguridad para todos los usuarios, incluso aquellos que inicialmente no querían degradar pero que podrían ser atacados de todos modos como resultado de esta función.</p> <p>- Impacto en los desarrolladores: La degradación tiene el potencial de perder datos del consumidor de varias maneras (vinculadas a nuevas características, cambios en el esquema de la base de datos, etc.), de modo que los desarrolladores deberán implementar barreras restrictivas y robustas o los clientes correrán el riesgo de perder sus datos.</p> <p>Los desarrolladores generalmente se concentran en las versiones más recientes y seguras del sistema operativo. Cuando la degradación es una opción y se generaliza, los desarrolladores pueden necesitar admitir un conjunto más amplio de versiones de software y cambiar el enfoque del desarrollo de nuevas características.</p> <p>Además, habrá confusión por parte de los clientes que no entienden las implicaciones negativas de degradarse de las características a las que se han acostumbrado. Por esta razón, los</p>	<p>desarrolladores necesitarían crear mensajes sólidos para educar a los clientes sobre por qué no deberían degradar y qué significarían y sus repercusiones.</p> <p>El soporte de degradación también tiene un efecto en la infraestructura y el mantenimiento del servidor. Los desarrolladores suelen migrar las cuentas de sus clientes después de una actualización de software. A menudo tienen sistemas <i>back-end</i> que administran el estado de las cuentas y entienden cómo vender la infraestructura en función del estado de la cuenta. Permitir degradaciones requeriría que cada desarrollador admitiera múltiples estados de cuenta. La mayor parte de la infraestructura actual no admite esto, y muchos desarrolladores no tienen visibilidad de su <i>back-end</i> a medida que contratan o usan productos de terceros.</p> <p>Esto podría conducir a una gran carga financiera y técnica que no podría ser soportada por algunos desarrolladores. Esto puede terminar causando una experiencia negativa del cliente (como la pérdida de datos) u obligar a los desarrolladores a simplemente evitar por completo el desarrollo de nuevas características del lado del servidor.</p> <p>- Las actualizaciones de software a menudo mejoran la vida útil de los dispositivos: La gran duración de la batería y el increíble rendimiento son un principio rector para las nuevas actualizaciones del sistema operativo. Ninguna versión del sistema operativo sacrifica deliberadamente la duración de la batería ni el rendimiento. Cada actualización se esfuerza por mantener o progresar en el rendimiento en todos los ámbitos al tiempo que introduce nuevas características también.</p> <p>Esto se logra mediante la supervisión constante de la telemetría de uso, las rigurosas pruebas internas y la validación que pone el sistema operativo a través de sus ritmos. Como resultado, hay pocos incentivos para que cualquier usuario tenga que volver a una versión anterior para mejorar el rendimiento. Por el contrario, esta percepción es en realidad engañosa y contraproducente.</p> <p>- Conflicto con otras regulaciones: El requisito de degradabilidad podría socavar otra legislación e iniciativas y legislación internacionales de ciberseguridad, y obstaculizar el cumplimiento de los objetivos de otra legislación de seguridad digital.</p> <p>Considerando las razones expuestas, respetuosamente sugerimos la eliminación del artículo 5.</p> <p>2.6. Comentarios respecto al artículo 6 "Facultad sancionatoria"</p> <p>Sobre el artículo 2º que contempla las definiciones de las conductas que serán objeto de sanción según señala el artículo 6º, causa seria preocupación la falta de criterios precisos, necesarios para acreditar la comisión de la conducta bajo la cual las actualizaciones de un sistema tienen como finalidad "aumentar la tasa de reemplazo" o "determinar deliberadamente la vida útil de los productos". En consecuencia, se estarían desconociendo los criterios técnicos que dan lugar a las actualizaciones de software.</p>
<p>Adicionalmente, se observa que el artículo establece multas basadas en las "ventas netas" del dispositivo, pero no define con claridad este concepto, lo que genera una seria inseguridad jurídica respecto a su aplicación. Es importante considerar, además, que, en virtud del principio de territorialidad del derecho sancionatorio, la imposición de sanciones solo tendría efectos dentro del territorio colombiano. Esto plantea una dificultad práctica relevante, dado que la mayoría de los fabricantes tienen su sede fuera del país, lo que podría limitar su efectividad y cumplimiento.</p> <p>Asimismo, se advierte que la posibilidad de aplicar sanciones conforme a lo previsto en la Ley 1480 de 2011 y simultáneamente bajo el régimen sancionatorio creado por el presente proyecto de ley podría configurar una superposición de regímenes. Esta situación plantea el riesgo de vulnerar el principio del <i>non bis in idem</i>, en tanto podría dar lugar a sanciones dobles por los mismos hechos. Por lo tanto, se recomienda que el proyecto establezca mecanismos normativos que garanticen la delimitación de competencias y eviten la duplicidad sancionatoria.</p> <p>En cuanto al Parágrafo del artículo, consideramos que el término "interposición societaria" no se encuentra definido en el texto del Proyecto de Ley, lo que genera un alto grado de indeterminación normativa. Su formulación amplia y ambigua podría dar lugar a interpretaciones subjetivas y, en consecuencia, a la imposición de sanciones sobre estructuras societarias legítimas. Por lo tanto, sugerimos respetuosamente delimitar con claridad su alcance y establecer de manera expresa sus elementos constitutivos, con el fin de evitar escenarios de inseguridad jurídica.</p> <p>Adicionalmente, la disposición introduce una facultad sancionatoria en cabeza de la Superintendencia de Sociedades respecto de hechos relacionados con infracciones que ya han sido asignadas a la Superintendencia de Industria y Comercio. Esta situación podría contravenir el principio de unidad de materia, al incorporar competencias que exceden el objeto principal del proyecto.</p> <p>Por otra parte, el parágrafo no contempla un procedimiento definido para el ejercicio de esta facultad sancionatoria, ni remite de forma expresa a uno existente. Esta omisión compromete las garantías del debido proceso administrativo. En consecuencia, sugerimos que el parágrafo correspondiente incluya una referencia expresa al procedimiento aplicable.</p> <p>Finalmente, la sanción consistente en la inhabilitación del vehículo societario parece configurarse como una medida de aplicación automática, sin prever criterios que permitan evaluar la proporcionalidad o graduación de esta. La ausencia de estos criterios puede generar consecuencias desmedidas, incluso para terceros, lo cual resultaría contrario a los principios fundamentales del derecho sancionatorio. Por todo lo anteriormente expuesto, sugerimos respetuosamente suprimir el parágrafo. Así las cosas, respetuosamente proponemos la siguiente redacción:</p> <p>"ARTÍCULO 6º. FACULTAD SANCIONATORIA. La Superintendencia de Industria y Comercio podrá imponer sanciones al productor al comercializador que incumpla con lo establecido en los artículos 3º, 4º y 5º de la presente ley, en los términos del artículo 6º de la Ley 1480 de 2011, previo procedimiento administrativo sancionatorio, que se regirá por lo establecido en la Ley 1437 de 2011 o las que la modifiquen.</p>	<p><i>De igual forma, podrá imponer multas de 5 a 10 veces del valor percibido por las ventas netas del dispositivo comercializado en infracción de lo establecido en la presente ley, conforme al procedimiento previsto en el artículo 61 de la Ley 1480 de 2011 y la Ley 1437 de 2011, o las que hagan sus veces"</i></p> <p>2.7. Comentarios respecto al artículo 9 "Vigilancia"</p> <p>En relación con este artículo, señalamos que los dispositivos electrónicos son diseñados, fabricados y distribuidos en el marco de cadenas de producción y suministro de alcance global. En ese sentido, cualquier modificación normativa que impacte tales procesos requiere de un plazo razonable para su implementación, a fin de permitir los ajustes necesarios durante la etapa de diseño y producción. Por lo anterior y sin perjuicio de los comentarios previamente expuestos, se sugiere la entrada en vigor de la Ley se establezca a los 36 meses contados a partir de su sanción y promulgación. Con esto en mente, respetuosamente proponemos la siguiente redacción:</p> <p>"ARTÍCULO 9º. VIGENCIA. La presente Ley entrará en vigor a los treinta y seis (36) meses contados a partir de su sanción y promulgación, y deroga cualquier disposición que le sea contraria."</p> <p>Así las cosas, e independientemente de las propuestas de modificación sugeridas de manera subsidiaria, muy respetuosamente recomendamos el archivo del Proyecto de Ley, toda vez que no hay un consenso internacional sobre los conceptos de obsolescencia y cálculo de la vida útil, que permita generar una norma local armonizada con las necesidades del mercado global de AEE. Al respecto, consideramos que el Proyecto de Ley terminaría generando obstáculos técnicos al comercio y limitando el acceso de los consumidores colombianos a tecnología.</p> <p>Agradeciendo la atención prestada, me suscribo de Ustedes con sentimientos de consideración y aprecio.</p> <p>Cordialmente,</p> <p> ALBERTO SAMUEL YOHAI Presidente Cámara Colombiana de Informática y Telecomunicaciones – CCIT</p>

C O N T E N I D O

Gaceta número 1513 - lunes, 25 de agosto de 2025

SENADO DE LA REPÚBLICA

OBJECIONES PRESIDENCIALES

Págs.

Objeción presidencial al Proyecto de Ley número 162 de 2023 Senado, 359 de 2024 Cámara, por medio del cual se crean medidas de sensibilización, visibilización, prevención, protección, atención frente a la salud mental y la violencia del entorno digital en los niños, niñas y adolescentes, se modifican y adicional los artículos 3º, 30, 31 de la Ley 1616 de 2013 y se dictan otras disposiciones. 1

CONCEPTOS JURÍDICOS

Concepto jurídico Ministerio de Salud y Protección Social al Proyecto de Ley número 341 de 2024 Senado, por medio del cual se establece el procedimiento, mecanismo, instancias y elementos para la definición. Monitoreo y ajuste de la Unidad de Pago por Capitación UPC y presupuesto máximos, del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones. 4

Concepto jurídico de la Superintendencia de Industria y Comercio al texto aprobado en segundo debate del Proyecto de Ley número 194 de 2024 Senado, por medio de la cual se fortalecen y protegen las Plazas de Mercado Públicas, se promueven los Mercados Campesinos, Étnicos y Comunitarios y se dictan otras disposiciones (en adelante el “proyecto”). 11

Concepto jurídico de la Cámara Colombiana de Informática y Telecomunicaciones respecto el Proyecto de Ley número 223 de 2024 Senado, por medio de la cual se establecen disposiciones para prevenir los efectos de la obsolescencia programa de dispositivos electrónicos de consumo masivo en Colombia. 13