

Bogotá D.C., 19 de octubre de 2017

Doctor
JAIR JOSÉ EBRATT DÍAZ
Secretario General
Comisión Sexta Constitucional Permanente
Ciudad

Ref: Concepto PL No. 125/17 C "por medio del cual se reglamenta el sector de la música y se toman otras disposiciones".

Respetado Señor Secretario:

De manera atenta me permito remitir las observaciones de este Ministerio, frente al PL No. 125/2017 Cámara *"por medio del cual se reglamenta el sector de la música y se toman otras disposiciones"*, con el fin que sea incluya en el expediente respectivo y se de a conocer a los Honorables Representantes que conforman esa célula legislativa:

Consideraciones de carácter constitucional:

1. Sobre la Contribución Parafiscal –Fondo Nacional para el Fomento de la Música.

En la exposición de motivos no se muestra el análisis que permita prever el impacto económico que la contribución ha de tener en el sector afectado y su relación con otras erogaciones a cargo de los sujetos pasivos. No se encuentran estudios relativos a los ingresos de los sujetos pasivos y la forma en que se determinaron los porcentajes sobre los ingresos, los cuales parecen haber sido definidos sin sustento técnico. No hay un análisis de impactos negativos o criterio alguno que permita concluir la lógica detrás de *"la fijación de manera razonable y de acuerdo con la Constitución, de los elementos básicos de cada gravamen tales como los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, las tarifas y las formas de cobro y recaudo"*. (...) (Sentencia C-625 de 2003).

En lo relativo a este tipo de contribuciones, la Corte Constitucional, en Sentencia C-822 de 2011 señaló que si bien el legislador cuenta una inmensa potestad, en lo que tiene que ver con la creación de tributos, debe en todo caso ajustarse al principio de legalidad, el cual, para dicha corporación comprende tres aspectos: *"El primero, referido al principio de representación popular determina que no es posible establecer un impuesto sin la representación de los afectados en los órganos que los imponen; en segundo lugar, el principio de la predeterminación de los tributos se relaciona con la necesidad de fijar los*

Carrera 8ª No. 8-55 Bogotá, Colombia
Conmutador (57 1) 342 4100
www.mincultura.gov.co

elementos mínimos del acto jurídico que impone la contribución; por último, comprende la posibilidad de que las Entidades Territoriales puedan establecer tributos y contribuciones en el marco de la Ley y de la Constitución” (negrilla fuera de texto).

En ese sentido, la jurisprudencia ha determinado que es necesario que el legislador “**precise los elementos mínimos del tributo**, debido a que la falta de certeza en la definición legal de los elementos de los tributos conduce a la inexequibilidad, en razón a que esta falta de claridad es insuperable. Por tanto, ha recabado en que el Legislador tiene la obligación de indicar directamente los elementos mínimos del tributo, máxime si los mismos son de orden nacional” (Sentencia C-615 de 2013).

Por otra parte, respecto de las características específicas de las contribuciones parafiscales la Corte ha señalado que el alcance de la facultad del Legislador para fijar el régimen jurídico de estas es muy amplio “**al punto que en virtud de ella puede indicar la entidad que se ocupará de administrar tales recursos, siempre y cuando se entienda que ese señalamiento conlleva la garantía de que los intereses del sector estarán representados democráticamente y puedan intervenir en la administración de esos recursos**” (Negrilla fuera de texto).

Ahora bien, esta libertad no es ilimitada, y claramente debe ajustarse de manera coherente a los postulados generales de la función pública y del régimen presupuestal para efecto de la responsabilidad por el manejo de los recursos recaudados.

Así, la administración de los recursos debe ajustarse en cabeza de una persona jurídica, bien sea una entidad pública o un particular en virtud del respectivo contrato, por lo cual no es viable establecer que el recaudo y administración de los recursos sea realizado por la Comisión Nacional para el Fomento de la Música.

La jurisprudencia constitucional, respecto del alcance del artículo 29 del decreto 111 de 1996 –*estatuto orgánico del presupuesto*, ha señalado que existen dos formas de administración de los recursos parafiscales “**los que se administran por particulares en virtud de contratos que celebra la Nación (inciso primero) y los que se administran por los órganos que forman parte del Presupuesto Nacional (inciso segundo)**, los primeros, es decir los administrados por los particulares, no se incorporan en el presupuesto de la Nación, **al paso que los segundos sí se incorporan pero solo para registrar la estimación de su cuantía y en capítulo separado de las rentas fiscales**. Por lo tanto, como ya lo ha señalado esta Corporación, es principio esencial de la parafiscalidad, que sus rentas no hagan parte de los ingresos corrientes de la Nación” (Sentencia C-678 de 1998).

En concordancia con lo anterior, al no designarse una entidad pública responsable del recaudo, no es posible realizar su respectiva incorporación al presupuesto de la Nación para los efectos de verificación señalados por la corte. En ese sentido debe designarse una entidad, encargada de realizar el recaudo y la administración de los recursos, de acuerdo a lo establecido en el artículo 29 del decreto 111 de 1996.

2. Sobre la Comisión Nacional para el Fomento de la Música.

Claramente el legislador cuenta con la competencia para crear las instancias que considere pertinentes para el efectivo cumplimiento de los fines de la rama ejecutiva. Sin embargo, es necesario que dichas instancias guarden coherencia con lo ya existente, para efectos de no incurrir en redundancia institucional lo cual opera realmente en detrimento de los fines que se pretenden alcanzar.

La Ley 397 de 1997 creó el sistema Nacional de Cultura, al cual pertenecen el Consejo Nacional de Cultura, y los Consejos Nacionales para las artes en todas sus manifestaciones. Igualmente los consejos municipales, departamentales y distritales. Estas instancias son creadas en el marco de la pluralidad y eligen a sus representantes de manera democrática.

Existiendo ya un Consejo Nacional de Música, cuya función a la luz del artículo 62 de la ley 397/97 es la de asesorar al Ministerio de Cultura para las políticas, planes y programas en su área respectiva, se considera que la Comisión que se busca crear mediante la ley, no solo entra en conflicto con las funciones conferidas al Consejo Nacional de Música, sino que lo eclipsa, pues controlaría los recursos recaudados para el fomento, promoción, formación, producción artística, investigación y circulación, al igual que la competencia para conceptuar sobre las políticas, proyectos en materia musical, debilitándose de esa manera al Sistema Nacional de Cultura y sometiendo los espacios de participación pre existentes.

Valga señalar además, que los Consejos de Cultura en cada manifestación artística han sido concebidos como espacios asesores y consultores, cuyas *"recomendaciones no obligan al Gobierno Nacional"* (art. 2.2.1.34 decreto 1080/15). Esto tiene una lógica, una razón de ser, y es que la política pública y la inversión de los recursos, debe estar en cabeza de una entidad que unifique y ejecute la política, según las funciones que la ley que la creó le haya otorgado.

En este sentido, crear una Comisión, sin personería jurídica, compuesta por un número importante de miembros del sector público y privado, de sectores que pueden representar intereses opuestos, para que determine la política pública en materia de música, tiene como efecto la dilución de las competencias del Ministerio de Cultura desde lo nacional, y las secretarías de cultura departamentales, municipales y distritales. Esta comisión tiene el poder de bloquear la inversión y el desarrollo de las políticas en música, simplemente al no ponerse de acuerdo sobre la forma en que deban invertirse los recursos, o sobre la conveniencia de políticas o proyectos de ley o acto administrativo que se sometan a su consideración.

Además, resulta antidemocrático que se pretenda que la comisión conceptúe de manera unificada sobre políticas, proyectos de ley o actos administrativos, pues cada miembro, tanto público como privado, tiene su propio criterio respecto de los asuntos que les competen, por

lo cual la competencia que se le asigna en el numeral 6 del artículo 13, se estima inconveniente.

Sobre el numeral 7° del artículo 13, sobre la creación de un registro nacional de músicas y gestores, hay que señalar que dicho registro se estima inconstitucional, vulnerando el derecho a la igualdad de los músicos y gestores nacionales, al establecer que si bien dicho registro es voluntario, se condiciona al registro si se quiere ser beneficiario de la Ley. Dicha diferenciación no se encuentra justificada ni es proporcional de conformidad con lo postulados constitucionales aplicables.

Adicional a lo anterior, y desde el punto de vista legislativo, no se determina el régimen jurídico de la Comisión. Al parecer, la idea no es crear una nueva persona jurídica, pero sí se habla de su presupuesto (#5 art. 13), de una representación legal (art. 11), se le confiere la facultad de administrar los recursos provenientes del recaudo de la contribución parafiscal.

Estas circunstancias llevarían a concluir que se están asignando funciones que ejerce una persona jurídica, dentro del marco jurídico de la estructura de la administración nacional, y en este sentido, el proyecto no incorpora los elementos mínimos que se requieren para tal efecto.

Sobre el particular ha señalado la Corte Constitucional en sentencia C-629 de 2003:

“3.1. La jurisprudencia de esta Corporación ha reconocido que a partir de los textos constitucionales, en especial de los artículos 150-7, 209 y 210, asiste al legislador una potestad de configuración de la estructura de la administración nacional que comporta no solo la posibilidad de determinación de las características de los órganos y entidades que la conforman sino también de las funciones generales de las mismas -salvo naturalmente las previsiones expresas que al respecto haya efectuado la propia Constitución en relación con la suprema autoridad administrativa (Artículo 189), los Ministros y los Directores de Departamentos Administrativos, como jefes de la administración (artículo 208) y algunos órganos y entidades específicos- y de las correspondientes interrelaciones con aplicación de los principios constitucionales de la función administrativa y de reglas de organización enunciadas en el texto superior y teniendo en cuenta la disposición constitucional sobre integración de la rama ejecutiva del poder público (artículo 115).

En ese orden de ideas, a la ley corresponde también la creación, fusión supresión, de organismos de la administración: Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, establecimientos públicos y de otras entidades administrativas del orden nacional y la creación y autorización de empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta (artículo 150,7.). En este punto debe aclararse, sin embargo, que en armonía con los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución, al Presidente de la República corresponde, conforme a las disposiciones que al respecto expida el legislador, y sin mengua de las atribuciones permanentes de éste, modificar la estructura, fusionar y suprimir organismos administrativos.

De conformidad con el artículo 210 de la Constitución, de manera específica compete al legislador determinar el régimen jurídico de las entidades descentralizadas (no solo nacionales). Lo que entraña, entre otros aspectos, la precisión de cuáles de los organismos enunciados constitucionalmente conforman tal categoría administrativa y jurídica, la determinación de funciones generales, organización básica interna, régimen de la actividad, de los actos y contratos, responsabilidad de sus directores y gerentes y las interrelaciones con los demás órganos del Estado y de la administración.

En desarrollo de las atribuciones que someramente se han enunciado, el legislador deberá tener en cuenta, obviamente, los fines del Estado y de sus autoridades y las misiones que están llamadas a cumplir las entidades constitucionalmente enumeradas y las que el mismo legislador, dentro de sus competencias, estime necesario crear para el cabal cumplimiento de los cometidos estatales" (Negrilla fuera de texto).

No se encuentra en el proyecto o su exposición de motivos, referencia alguna a temas tan fundamentales como lo es la creación una figura encaminada a administrar una contribución parafiscal, como el régimen de su actividad, su régimen contractual, la responsabilidad de sus directores y gerentes, su interrelación con los demás órganos del Estado y de su administración.

Observaciones específicas frente al articulado:

Artículo 1. Objeto

La pretensión del proyecto de ley de "... reglamentar el sector de la música... regulando un marco general de actuación..." no se logra, por falta de un enfoque que incluya las distintas dimensiones y los agentes que constituyen la actividad musical del país. Si bien el objeto enuncia las dimensiones simbólica y mercantil de la música ninguna de las dos se fundamenta o desarrolla en los capítulos que conforman la ley. En ausencia de una reglamentación del sector, se establecen dos mecanismos de tipo financiero y de administración y a cambio de una regulación de marco general, se define una medida de protección y de sanción, de alcance específico.

Artículo 3. Definiciones

Se evidencia en el proyecto una visión restringida del sector de la música y una precariedad conceptual al definir tan solo tres términos: músico, gestor cultural y payola; en que la acción del músico se limita a la creación e interpretación musical y las problemáticas de la dimensión productiva del mercado y la circulación se reducen a la payola. Queda claro que el alcance y contenido del proyecto de ley no cumple los propósitos del objeto enunciado, entre

Carrera 8ª No. 8-55 Bogotá, Colombia

Conmutador (57 1) 342 4100

www.mincultura.gov.co

otros factores porque parece dirigirse a beneficiar de forma prioritaria al músico independiente de contextos urbanos, en lo relacionado con la circulación en medios masivos de comunicación y a superar una de las barreras de acceso de algunos músicos al mercado.

Artículo 4.

En relación con la destinación del Fondo Nacional para el Fomento de la Música, si bien se reconoce la necesidad de disponer de nuevas fuentes de financiación para el sector de la música y la importancia de contar con un recurso directo que haga justicia con la complejidad, magnitud y productividad del campo musical, no se está de acuerdo con la exclusión de dimensiones estratégicas que están en la base del desarrollo musical y que hacen parte de los principales soportes a garantizar en Colombia, tales como la creación, la información, la dotación, la infraestructura, la producción técnica. Así mismo, la principal debilidad en la sustentación del destino de los recursos es la ausencia de un diagnóstico de las problemáticas, necesidades o tendencias de la dinámica musical en Colombia, que haga uso de estudios ya realizados, entrevistas y grupos focales con agentes del campo y con agentes institucionales, análisis de tendencias desde datos de IFPI, OMPI, Cuenta Satélite de Cultura, entre otros. Por otra parte, se debería contar con un cálculo estimado del recaudo de la contribución parafiscal, con el fin de realizar un análisis del impacto previsto por la ley.

Respecto del párrafo aparecen las categorías de Patrimonio Musical Nacional y Músicas Tradicionales en Colombia, reducidas a un enfoque de conservación y carentes de una definición conceptual propia.

Capítulo III Comisión Nacional para el Fomento de la Música

La creación de una Comisión Nacional para el Fomento de la Música como órgano rector de la política de música y administrador del Fondo Nacional, desconoce la misión y las funciones otorgadas por la Ley 397/97 al Ministerio de Cultura y a sus dependencias correspondientes. La propuesta corresponde a una orientación y una estructura contrarias al ordenamiento institucional del país en el ámbito cultural y su adopción supondría la reestructuración política, legal y administrativa del Sistema Nacional de Cultura para el conjunto de áreas del sector cultura.

Así mismo, se desconoce la política de estado hacia la música, que por más de dos décadas consecutivas se ha venido construyendo con el sector musical del país y la participación de los entes territoriales, la academia y las comunidades, aportando de manera especial a fundamentar los procesos de la formación y la práctica musical de todas las regiones.

Además de las objeciones relacionadas con que se confundan las funciones de un órgano colegiado de carácter consultivo y asesor asignándole funciones de decisión política nacional y de administración de recursos públicos, suplantando la labor del Estado, la conformación

de la comisión propuesta no se considera ni equitativa ni representativa de la diversidad de contextos y procesos territoriales, poblacionales y sectoriales de la música en el país.

Por otra parte, la definición con la que se crea la Comisión Nacional entra en contradicción con las funciones que se le asignan, centradas en la administración tanto de los recursos y su distribución como del observatorio y del registro nacional, sin ninguna mención a los retos de la planificación estratégica del sector, a su relación orgánica con los agentes y procesos musicales o a su responsabilidad y participación en los procesos de desarrollo musical.

Artículo 14

La propuesta de creación del Registro nacional de músicos, gestores, organizaciones y empresas del sector de la música desconoce la existencia del Sistema de Información de la Música – SIMUS creado por el Ministerio de Cultura y puesto al servicio del país desde el año 2016. Así mismo, desconoce iniciativas privadas y sectoriales que intentan mapear eventos, tendencias de mercado, bienes y servicios musicales.

Capítulo IV Regulación del mercado de la música

Ante las diversas necesidades de estímulo y fortalecimiento de los procesos de mercado e industria de la música, así como de regulación y reglamentación, el proyecto de ley se centra en atacar la práctica de “la payola” en los medios masivos y comerciales de comunicación, como si fuera la principal barrera para el acceso de los músicos al mercado.

Aunque se considera necesario combatir la payola y someter a los medios y productores a las disposiciones de la SIC, el proyecto no considera ni desarrolla las relaciones y necesidades que surgen entre las multinacionales de la música, la industria y el mercado musical nacional, los productores independientes y los consumidores.

CONCLUSIONES

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, este proyecto de ley es inconveniente por las siguientes razones:

- Carece de un estudio cuantitativo y cualitativo del estado actual del campo musical, que permita establecer los principales problemas y necesidades de los diferentes agentes, procesos y dimensiones del sector.
- Se enfoca de manera parcial hacia dos mecanismos de financiación y administración y una medida de protección y sanción, sin lograr el propósito planteado en el objeto del proyecto.
- Adolece de fundamentación conceptual de las propuestas, de visión integral de sector y de definición técnica de las categorías principales.

- Pretende suplantar la misión asignada por ley al Ministerio de Cultura, a través de un órgano colegiado cuya naturaleza es de carácter consultor y asesor.
- Corre el riesgo de conformar un espacio de privilegios y de gestión burocrática al servicio de intereses particulares de un sector independiente de prácticas musicales urbanas.

El campo musical en Colombia es una de las áreas culturales con mayor posicionamiento, diversidad y dinámica productiva, que ha venido mostrando una tendencia de crecimiento y proyección nacional e internacional, de forma coherente con un impulso en la participación y apropiación por parte de la ciudadanía y un mejoramiento en sus prácticas profesionales y especializadas.

Ante esta realidad el sector de la música requiere una iniciativa legislativa sustentada, integral y orgánica, que tome en cuenta los ámbitos educativos, patrimoniales, de mercado e industria, de prácticas comunitarias y étnicas, de creación y producción independiente, de expresiones vanguardistas y emergentes.

En este sentido se debe considerar, para el sector de la música, un nuevo diseño institucional de organización, participación y decisión que reconozca los aportes e iniciativas de los agentes y que propenda por un incremento de la inversión desde diversas fuentes para la actividad musical, como factores que, atendiendo a un análisis sistémico tanto en su visión de conjunto como en el avance diferencial de sus dimensiones y procesos, hagan posible una transformación legal, política y programática de sus condiciones de desarrollo, en una perspectiva de equidad y construcción democrática.

El articulado del proyecto no incorpora elementos que enriquezcan o hagan aportes significativos a lo que actualmente existe, y por el contrario, incurre en imprecisiones y otorgamiento de competencias que no tienen un verdadero impacto sobre el fin que se pretende lograr con la propuesta.

Con fundamento en lo expuesto, de manera respetuosa, el Ministerio de Cultura recomienda que este proyecto de ley sea archivado. Agradezco la atención prestada, solicitando sean tenidas en cuenta estas consideraciones.

Cordialmente,



ZULIA MARÍA MENA GARCÍA
Viceministra de Cultura
Encargada de las Funciones del Despacho de la Ministra

Elaboró: Miguel José Rujana – Alejandro Mantilla
Consolidó: Ginna Niño