



1.1. Oficina Asesora de Jurídica

Bogotá D.C.,

Honorable Congresista
NÉSTOR LEONARDO RICO RICO
Presidente Comisión Tercera Constitucional Permanente
Cámara de Representantes
CONGRESO DE LA REPÚBLICA
Carrera 7 No. 8-68
Bogotá D.C



Radicado: 2-2020-053195

Bogotá D.C., 20 de octubre de 2020 17:52

Radicado entrada
No. Expediente 46480/2020/OFI

Asunto: Comentarios al Proyecto de Ley No. 372 de 2020 Cámara “por medio de la cual se crea y regula el Fondo de Financiación Voluntario y Solidario de la Vacuna para el Covid-19. - Ley de la hermandad colombiana –”.

Respetado Presidente:

De manera atenta, se presentan los comentarios y consideraciones del Ministerio de Hacienda y Crédito Público frente al Proyecto de Ley del asunto, en respuesta a la solicitud de concepto de impacto fiscal elevada por los Honorables Representantes Armando Zabaráin D’Arce y Carlos Alberto Carreño Marín, en los siguientes términos:

El Proyecto de Ley, de iniciativa parlamentaria, según lo establecido en el artículo 1, tiene por objeto “*crear y regular el fondo de financiación voluntario y solidario de la vacuna para el Covid-19*”.

Particularmente, el artículo 2 del Proyecto de Ley propone la creación del Fondo de financiación voluntario y solidario para la vacuna del COVID-19. Este fondo será una cuenta especial sin personería jurídica cuyo ordenador del gasto será el Ministerio de Salud y Protección Social.

Por su parte, el artículo 3 de la propuesta legislativa establece como fuentes de financiación para el Fondo las contribuciones voluntarias que efectúen i) gobiernos y organizaciones internacionales; ii) personas naturales o jurídicas del sector privado; iii) las recaudadas por las entidades financieras como resultado de la opción de donación voluntaria que se incluya al finalizar las transacciones en cajeros electrónicos y transacciones por internet; iv) las que se recauden en almacenes de cadena y grandes supermercados, y, iv) aquellas provenientes del Presupuesto General de la Nación y de las entidades territoriales.

Adicionalmente, a través del artículo 4 del proyecto de ley, con el objetivo de dar transparencia al uso de los recursos del Fondo, se contempla la obligación de publicación periódica de la ejecución de los recursos y los avances en la obtención de la vacuna.

Finalmente, el artículo 5 de la iniciativa legislativa establece que la Contraloría General de la República creará un equipo especial para llevar a cabo el control fiscal de los recursos del Fondo.

Al respecto, este Ministerio considera importante analizar las propuestas planteadas en el Proyecto de Ley desde el punto de vista presupuestal, constitucional y de su conveniencia, de la siguiente manera:

Ministerio de Hacienda y Crédito Público

Código Postal 111711

PBX: (571) 381 1700

Atención al ciudadano (571) 6021270 - Línea Nacional: 01 8000 910071

atencioncliente@minhacienda.gov.co

Carrera 8 No. 6C- 38 Bogotá D.C.

www.minhacienda.gov.co

1. Frente a la creación del Fondo de financiación voluntario y solidario de la vacuna para el COVID-19

Sea lo primero considerar frente a la propuesta de creación del Fondo de financiación voluntario y solidario de la vacuna para el COVID-19 que, el Gobierno nacional, con fundamento en la declaratoria del Estado de Emergencia Económica Social y Ecológica¹, expidió el Decreto Legislativo 559 de 15 de abril de 2020², por medio del cual se creó la Subcuenta para la Mitigación de Emergencias – COVID-19, la cual tiene por objeto **financiar la provisión de bienes, servicios y obras requeridas para contener, mitigar y evitar la extensión de los efectos adversos derivados de la pandemia COVID-19** en la población residente del territorio colombiano y en el sistema de salud.

Esta subcuenta tiene las siguientes características:

- a. Administración: la ejerce el Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres³.
- b. Vigencia: dos años contados a partir de la expedición del Decreto Legislativo⁴.
- c. Recursos: esta subcuenta administra⁵:
 - (i) Los recursos que sean transferidos por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público en virtud del numeral 1 del artículo 4⁶ del Decreto Legislativo 444 de 21 de marzo de 2020⁷.
 - (ii) Los recursos que provengan de donaciones de procedencia nacional e internacional, los aportes o asignaciones públicas o privadas y demás fuentes que puedan ser administradas por intermedio del Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres.
- d. Régimen contractual: se somete únicamente a los requisitos y formalidades exigidos por la ley para la contratación entre particulares y con sujeción a los principios enunciados en el artículo 209 de la Constitución Política **y con el control especial del Despacho del Contralor General de la Nación⁸**.
- e. Reglas para la administración y ejecución de los recursos: La administración y ejecución de los recursos de la Subcuenta están exentos de toda clase de impuestos, tasas, contribuciones y multas⁹.

Aunado a lo anterior, también se autorizó al Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres para que concurra a instancias y organismos internacionales, con el fin de adquirir los bienes, servicios y tecnologías en salud que se requieran para contener y mitigar los efectos en la salud de los residentes en el territorio colombiano, por efectos del brote de enfermedad por el COVID-19.

Así las cosas, la Subcuenta cuenta con un marco de funcionamiento propio que le permite manejar con responsabilidad, controles necesarios y celeridad, los recursos dispuestos para atender la emergencia. Igualmente, el modelo de

¹ Declarado a través del Decreto Legislativo 417 de 17 de marzo de 2020

² Por el cual se adoptan medidas para crear una Subcuenta para la Mitigación de Emergencias -Covid19- en el Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres y se establecen las reglas para su administración, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica

³ Decreto Legislativo 559 de 2020. Artículo 2.

⁴ Decreto Legislativo 559 de 2020. Artículo 2.

⁵ Decreto Legislativo 559 de 2020. Artículo 3.

⁶ ARTÍCULO 4. Uso de los recursos. Los recursos del FOME se podrán usar para conjurar la crisis o impedir la extensión de sus efectos en el territorio nacional, en el marco del Decreto 417 de 2020, en particular para:

1. Atender las necesidades adicionales de recursos que se generen por parte de las entidades que hacen parte del Presupuesto General de la Nación (...)

⁷ Por el cual se crea el Fondo de Mitigación de Emergencias -FOME y se dictan disposiciones en materia de recursos, dentro del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica.

⁸ Decreto Legislativo 559 de 2020. Artículo 4.

⁹ Decreto Legislativo 559 de 2020. Artículo 8.

administración diseñado por el Gobierno nacional responde al contexto específico de la pandemia, atendiendo a una necesidad, de forma proporcional y sin criterios de discriminación¹⁰.

A través de esta Subcuenta, el país firmó una carta de compromiso vinculante con la iniciativa COVAX para adquirir vacunas, del portafolio priorizado por dicha iniciativa, para el 20% de la población colombiana. El país adquirió un compromiso de US\$213 millones que fueron garantizados por el Fondo de Mitigación de Emergencias –FOME.

También cabe señalar que en la ponencia del Proyecto de Ley del Presupuesto General de la Nación 2021, se incluyó un artículo del siguiente tenor:

“ARTÍCULO 118o. (NUEVO). PRIORIZACIÓN DE ALIZANZAS PARA OBTENER RECURSOS EN MEDIO DE UNA AMENAZA PANDÉMICA. El Gobierno nacional podrá concertar alianzas estratégicas prioritarias con organismos multilaterales y el sector privado, con el propósito de acopiar recursos científicos, financieros y logísticos, que le permitan al país dar una respuesta oportuna ante cualquier amenaza de epidemia o pandemia.

Para estos efectos, el Gobierno nacional podrá destinar directamente recursos financieros y firmar convenios con comunidades científicas y laboratorios especializados, públicos y privados, ubicados dentro o fuera del país, con el fin de asegurar el acceso referente a tratamientos preventivos y curativos con el propósito de contrarrestar contingencias de epidemia o pandemia.

Así mismo, el Gobierno nacional podrá destinar estos recursos para realizar inversiones a riesgo y hacer anticipos reembolsables y no reembolsables con cargo a los convenios descritos en este artículo. Las decisiones sobre el uso de estos recursos deberán ser evaluadas de forma conjunta y en contexto con su objetivo, no por el desempeño de una operación individual, sino como parte de una política integral que le permita al país dar una respuesta oportuna ante cualquier amenaza de epidemia o pandemia.”

En caso de aprobarse por el Congreso de la República, facultaría al Gobierno nacional para destinar directamente recursos financieros y firmar convenios con comunidades científicas y laboratorios especializados para asegurar el acceso preferente a tratamientos preventivos y/o curativos con el propósito de contrarrestar contingencias derivadas de una pandemia o amenaza de epidemia.

De igual manera, el Gobierno nacional se encuentra estructurando un Proyecto de Ley que pretende crear un descuento en el impuesto sobre la renta que permite incentivar las donaciones tendientes a lograr la inmunización de la población colombiana frente al COVID-19. Tal y como se ha diseñado, la receptora de estos recursos sería la Subcuenta de Mitigación de Emergencias, creada mediante Decreto Legislativo 559 de 2020 y administrada por el Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres. Adicionalmente, se establece que las donaciones deberán contar con el aval del Ministerio de Salud y Protección Social y deberá ser certificada por el Fondo Nacional de Gestión del Riesgo, para acceder al beneficio tributario.

Si bien ambas iniciativas tienen por objeto la puesta en marcha y el financiamiento de estrategias que permitan la inmunización de la población colombiana contra el COVID-19, se considera improcedente la propuesta de creación de una cuenta especial, ya que, como se señaló anteriormente, a través del Decreto Legislativo 559 de 2020 se creó la Subcuenta

¹⁰ <https://www.corteconstitucional.gov.co/noticia.php?Subcuenta-para-la-Mitigaci%C3%B3n-de-Emergencias-del-Fondo-Nacional-de-Gesti%C3%B3n-del-Riesgo-de-Desastres,-es-constitucional-8949>

para la Mitigación de Emergencias – COVID-19 que tiene por objeto financiar la provisión de bienes, servicios y obras requeridas para contener, mitigar y evitar la extensión de los efectos adversos derivados de la pandemia COVID-19 en la población residente del territorio colombiano y en el sistema de salud.

2. Frente a las fuentes del Fondo de financiación voluntario y solidario de la vacuna para el COVID-19

De otra parte, cabe precisar que los recursos recaudados, por ejemplo, en almacenes de cadena y otras entidades de carácter privado con propósito de donación, pueden ser destinados discrecionalmente por las mismas a las actividades que consideren convenientes según el caso y no garantizan la estabilidad de los ingresos en el tiempo para la financiación de un proyecto de tal magnitud. A esto se suma el hecho de que es imposible cuantificar los ingresos que podrían ser recaudados por esta vía y quedaría entonces, según lo establecido en el proyecto de ley, el riesgo de que cualquier faltante sea cubierto con recursos del Presupuesto General de la Nación.

En tal sentido, dicha disposición tendría que estar sujeto a la disponibilidad presupuestal de recursos que puedan ser apropiados para tal fin en el Presupuesto General de la Nación, toda vez que de conformidad con los artículos 151 y 352 de la Constitución Política, la Corte Constitucional ha sostenido reiteradamente, entre otras, en la sentencia C-652 de 2015, lo siguiente:

“5.14. En efecto, como ya ha sido señalado, el artículo 151 de la Carta le atribuye al Congreso de la República la facultad de expedir leyes orgánicas a las cuales se sujetará el ejercicio de la actividad legislativa, autorización que incluye la expedición de normas sobre preparación, aprobación y ejecución del presupuesto de rentas y ley de apropiaciones. La citada disposición, se encuentra en plena correspondencia con el artículo 352 del mismo ordenamiento Superior, que le ordena al Congreso la regulación en la ley orgánica del presupuesto, de lo relacionado a la programación, aprobación, modificación y ejecución del presupuesto, no sólo de la Nación, sino también de las entidades territoriales y de los entes descentralizados de cualquier nivel administrativo, y su coordinación con el Plan Nacional de Desarrollo.

5.15. En cumplimiento de los mencionados mandatos constitucionales, el Congreso expidió las Leyes 38 de 1989, 179 de 1994 y 225 de 1995, que conforman el Estatuto Orgánico del Presupuesto. Dichas leyes, a su vez, fueron compiladas por el Presidente de la República, con base en las facultades conferidas por el artículo 24 de la Ley 225 de 1995, en un solo cuerpo normativo, el Decreto 111 de 1996. Dicho decreto es hoy en día el Estatuto Orgánico del Presupuesto, según lo prevé el artículo 24 de la Ley 225 de 1995, con arreglo al cual se desarrolla lo relacionado con la programación, aprobación, modificación y ejecución de los presupuestos de la Nación y de las Entidades Territoriales y los entes descentralizados.

(...)

5.17. Como reiteradamente lo ha sostenido esta Corporación, “las normas orgánicas, entre las cuales se incluyen las de presupuesto, tienen una categoría superior que condiciona el ejercicio de la actividad legislativa, al punto de que el control de constitucionalidad que lleva a cabo esta Corporación deba implicar que se confronte la disposición acusada no solamente con el texto constitucional, sino también con la respectiva norma orgánica [la cual] viene a constituirse en límite, directriz y referencia obligada de la ley ordinaria”.

5.18. En la misma dirección, este Tribunal ha sostenido que, dado su especial rango y jerarquía, “las leyes orgánicas son parámetros del análisis de constitucionalidad en sentido lato, en tanto y en cuanto se trata de normas de naturaleza supra legal que implican un límite a la actuación de las autoridades y al margen de configuración del Congreso.”

5.19. A este respecto, en la Sentencia C-600A de 1995, recientemente reiterada en la Sentencia C-052 de 2015, la Corte se refirió a las circunstancias que dan lugar a la violación de la reserva de ley orgánica, señalando que la misma se estructura cuando “el Congreso regula por medio de una ley ordinaria un contenido normativo que la Constitución ha reservado a las leyes orgánicas, pues la Carta distingue entre leyes orgánicas y leyes ordinarias, y atribuye a cada una de ellas la

*regulación de materias diversas". En el mismo fallo, se precisó que **dicha violación conlleva un vicio de competencia del Congreso**, en el sentido que **este órgano no se encuentra** facultado para tramitar y aprobar "por medio del **procedimiento y la forma de la ley ordinaria ciertas materias** que la Constitución ha **reservado al trámite y a la forma más exigentes de la ley orgánica**". (...) (Negrilla fuera de texto)*

En consonancia con lo anterior, cada una de las entidades involucradas tendría que ajustarse a las disponibilidades presupuestales en la ejecución de la política pública, tal como lo ha dispuesto el Estatuto Orgánico de Presupuesto (EOP):

Artículo 39. Los gastos autorizados por Leyes preexistentes a la presentación del proyecto anual del 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.

Sobre el gasto generado en leyes preexistentes, la Corte Constitucional, en sentencia C-157 de 1998, precisó que **"[L]a aprobación legislativa de un gasto es condición necesaria pero no suficiente para poder llevarlo a cabo, (...) igualmente corresponde al Gobierno decidir libremente qué gastos ordenados por las leyes se incluyen en el respectivo proyecto de presupuesto (artículo 346 CP.)"** (Negrilla fuera de texto)

Por otra parte, el citado Estatuto Orgánico, establece:

Artículo 47. Corresponde al Gobierno preparar anualmente el Proyecto de Presupuesto General de la Nación con base en los anteproyectos que le presenten los órganos que conforman este presupuesto. El Gobierno tendrá en cuenta la disponibilidad de recursos y los principios presupuestales para la determinación de los gastos que se pretendan incluir en el proyecto de presupuesto. (Ley 38/89, artículo 27. Ley 179/94, artículo 20).

Es así como en la Ley Anual de Presupuesto se asignan los recursos a las entidades que hacen parte del Presupuesto General de la Nación en forma global y cada una de ella los distribuye de acuerdo con sus necesidades de gasto y la priorización de las mismas, para dar cumplimiento a sus metas tal como lo indica el Estatuto Orgánico en su artículo 110:

Artículo 110. Los órganos que son una sección en el presupuesto general de la Nación, tendrán la capacidad de contratar y comprometer a nombre de la persona jurídica de la cual hagan parte, y ordenar el gasto en desarrollo de las apropiaciones incorporadas en la respectiva sección, lo que constituye la autonomía presupuestal a que se refieren la Constitución Política y la ley. Estas facultades estarán en cabeza del jefe de cada órgano quien podrá delegarlas en funcionarios del nivel directivo o quien haga sus veces, y serán ejercidas teniendo en cuenta las normas consagradas en el estatuto general de contratación de la administración pública y en las disposiciones legales vigentes. (...)

Así las cosas, de conformidad con el Estatuto Orgánico de Presupuesto, es responsabilidad de cada sección presupuestal (Ministerios, Departamentos Administrativos y/o Establecimientos Públicos), la inclusión en los respectivos anteproyectos de presupuesto de los programas y proyectos, que de acuerdo con sus competencias se propongan realizar durante la respectiva vigencia fiscal, acorde con las directivas presidenciales de austeridad en dichos gastos.

3. Frente al control fiscal por parte de la Contraloría General de la República

Adicionalmente, sobre el control fiscal, el Proyecto de Ley ordena en el artículo 5 que la Contraloría General de la República (CGR) cree un equipo especial para efectos de la vigilancia de los recursos del Fondo. A pesar de que dicha iniciativa resulta loable y deseable, a juicio de esta Cartera dicha inclusión no es necesaria para el adecuado control fiscal, pues la Contraloría General de la República ya cuenta, actualmente, dentro de sus funciones y estructura administrativa con la misión del seguimiento y control de los recursos públicos, a través de sus diferentes delegaturas especializadas. Luego, se estaría

generando un gasto adicional que podría resultar innecesario en el marco de la situación fiscal actual. No obstante lo anterior, esta Cartera considera que deberá ser la Contraloría General de la República la entidad que determine, en definitiva, la conveniencia de esta inclusión. Este Ministerio acompañará cualquier decisión que sobre el particular dicha entidad tome.

Por todo lo expuesto anteriormente, este Ministerio se abstiene de emitir concepto favorable y solicita considerar la posibilidad de su archivo. Lo anterior, considerando que el Gobierno nacional se encuentra trabajando en un Proyecto de Ley que cubriría los fines propuestos en la presente iniciativa legislativa, a través de la Subcuenta de Mitigación de Emergencias, creada mediante Decreto Legislativo 559 de 15 de abril de 2020, y administrada por el Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres, la cual cuenta con los recursos requeridos para su financiación. En todo caso, se manifiesta la disposición de colaborar con la actividad legislativa dentro de los parámetros constitucionales y legales de disciplina fiscal vigente.

Cordialmente,

JUAN PABLO ZÁRATE PERDOMO
Viceministro Técnico

VT/DGPPN/OAJ

UJ-2482/20

Elaboró: Andrea del Pilar Suárez Pinto
Revisó: Germán Andrés Rubio Castiblanco
Aprobó: María Paula Valderrama

Con Copia:
H.R. Armando Zabaraín D'Arce.
H.R. Carlos Alberto Carreño Marín

Firmado digitalmente por: JUAN PABLO ZARATE PERDOMO

Viceministro Técnico

Ministerio de Hacienda y Crédito Público
Código Postal 111711
PBX: (571) 381 1700
Atención al ciudadano (571) 6021270 - Línea Nacional: 01 8000 910071
atencioncliente@minhacienda.gov.co
Carrera 8 No. 6C- 38 Bogotá D.C.
www.minhacienda.gov.co